DE ALIENATIONE FIDEICOMMISSORVM FAMILIAE, VEL OMNIBVS ETIAM DE EA CONSENTIENTIBVS, ILLICITA.

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
DOMINO
GVILIELMO HENRICO
DVCE SAXONIAE IVLIACI CLIVIAE MONTIVM ANGARIAE
WESTPHALIAE ETC. COMITE SAYNAE
ET WITGENSTEINII

EX DECRETO ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM ORDINIS
PRAESIDE
DN. IOH. FRIED. HERTELIO D.
COD. ET NOVELLAR. PROFESSORE PVBLICO,
CVR. PROVINCIALIS ITEMQVE FACVLTATIS IVRIDICAE
ET SCABINATVS ASSESSORE ORDINARIO,
PRO GRADV ET PRIVILEGIIS IN VTROQVE
IVRE DOCTORALIBVS
HORIS LOCOQVE CONSVETIS
DISPVTABIT
GOTTL. ADOLPH. HENR. HEYDENREICH.
VINARIENS. THVR.
ILLVSTRISS. REGIMINIS SAXO-VINARIENSIS ADVOCATVS.

AD DIEM XXIV. *AVGVSTI* CIↃ IↃCC XXXVII.

IENAE, TYPIS CRÖKERIANIS.



Q. D. B. V.

DISSERTATIO INAVGVRALIS
DE
ALIENATIONE FIDEICOMMISSORVM FAMILIAE, VEL OMNIBVS ETIAM DE EA CONSENTIENTIBVS, ILLICITA.

§. I.

Fideicommissum familiae est quaedam donatio, qua certae familiae, ad conseruationem eius, & splendorem, bona quaedam, sub prohibitione alienationis, & diuisionis, relinquuntur, ita, vt omnibus de familia, secundum ordinem successionis, vel alium praescriptum, successiue deferatur. *Fideicommissum Familiae quid?*

§. II.

Familiae vocabulum, quod alias latissime patet, *l. 195. ff. de V. S. l. fin. Cod. eod. l. 1. §. 18. ff. de vi & vi arm. l. 1. §. 5. de public. & vect. l. 2. §. 14. de vi bon. rapt. l. 1. princ. ad SCt. Silan.* hoc loco in communi sensu est accipiendum, secundum *d. l. 195. de V.S. eiusque §. 2. voc. communi* *Familia quid?*

iure

iure, quatenus consideratur vt agnatorum, ex eodem stipite communi legitime descendentium series atque connexio respectu ad consanguinitatem habito: ita, vt quicunque se inuicem consanguinitate attingunt, illi sint eiusdem familiae, & omnes, simul sumti, familiam constituant. Licet autem sub ista significatione vsitatiore sumtum familiae vocabulum etiam foeminas complectatur, *l. fin. C. de V. S. l. 4. C. de Fideicomm.* & foeminae, si ex masculis descendant, dicantur agnatae *d. l. 195. §. fin. ff. de V. S. l. 2. §. fin. ff. de suis & legit. her. § 1. & 3. I. de legit. agnat. success.* nihilominus id tamen generaliter non attendi solet; sed foeminae quibusdam casibus familiae annumerantur, quibusdam non aeque. *vid.* MENOCH. *L. IV. Praes. 88. p. m. 853. seqq.* ita e. gr. Priuilegia familiae concessum, foeminis etiam indulgetur; MENOCH. *l. c. n. 3. 4.* licet earum liberi excludantur; *l. 1. §. 2. ff. de Iur. Immunitat.* Ita foeminas, si de fideicommisso familiae sermo est, quia conseruare familiam non possunt *l. 195. de V. S. add. l. 196. §. 1. eod.* KNIPSCHILD. *de Fideic. Fam. Nob. Cap. I. num. 181.* neque, familiae nomine venire, asserunt MENOCH. *l. c. n. 5.* STRYK. *de success. ab intest. Diss. VII. Membr. 2. §. 9.* aliique, licet etiam foemina fideicommissum constituerit, ID. *ibid. §. 13.* nisi masculis deficientibus. *ibid. §. 14. l. 5. C. de V. S.* Non videtur ab omni iniquitatis nota immunis esse haec decisio, cum testatoris intentioni, qua omnes de familia sua secundum proximitatem gradus dilexisse censetur *l. 69. §. 3. ff. de Leg. II.* fere contraria sit. Vnde distinguendum puto, vtrum testator expresse descendentibus masculis prospexerit, seinen männlichen Nachkommen, welche seines Stammes und Nahmens sind und einerley Schild und Helm haben, vtrum vero saltem indistincte familiae suae & ex ea descendentibus fideicommissum reliquerit. Priori casu subsidiariam saltem

Foeminas vtrum comprehendat?

tem

tem, foeminis, & his etiam deficientibus, genero & nurui, *per d. l. 5. C. de V. S.* quin sponsis *Nou. 159. Cap. 2.* succesßionem, nisi alia obstent, tribuere non dubito, cum KNIPSCHILDIO, STRYKIO, & multis Doctoribus ibidem allegatis, qui in decidendo omnes hunc solummodo casum respexisse mihi videntur. Posteriori casu a succesßione ordinaria cur foeminas arcerem, non video. Quodsi enim priuilegia familiae, vt annotatum est, etiam foeminis competere aequum est, quidni de fideicommisso familiae concesso idem statuas? & foeminas, masculis extantibus, fideicommissorum familiae plane incapaces non esse, dilucide apparet ex *all. l. 4. Cod. de Fideicomm.*

§. III.

Fideicommissum familiae donationem vocaui *§. I.* KNIPSCHILDIVM hic sequor. *d. tr. Cap. I. n. 155.* In aprico est, genuinum huius vocis sensum me non prorsus attigisse. In vulgus enim notum est, donationem regulariter actum inter viuos denotare, & quidem gratuitam alicuius rei collationem, mera ex liberalitate animoque nunquam reuocandi, in acceptantem factam. Hoc vero loco donationem latius accipio, omnem sub ea liberalitatem comprehendens, qua alteri aliquid quocunque modo ex causa lucratiua conceditur vel relinquitur. Nec hac in re fundamento destituor. Donari enim generatim videtur id, quod nullo iure cogente conceditur; *l. 82. ff. de R. I.* praeterea etiam annotante SCHARDIO *in Lex. Iurid. art. Dona, p. m. 314.* GAIVS *L. II. Inst.* dona appellitat ea, quae post mortem heredis relinquuntur, vt sunt Familiae fideicommissa; quin ipsum legatum vocatur donatio testamento relicta *l. 36. ff. de Leg. II.* vnde vocabulum donationis concinne satis ad fideicommissa applicari poterit.

Fideic. fam. est donatio.

§. IV.

Quomodo constituatur?

Fideicommissa familiarum constituuntur vel per vltimam voluntatem, vt testamento *l. 114. §. 14. de Leg. I. l. 32. §. fin. de Leg. II.* siue aliis modis, quibus fideicommissum vulgare constitui solet, vel actibus inter viuos, vnde per contractus, pacta familiae, donationes aut alium quemque titulum ad transferendum dominium habilem bona quaedam familiae in vim fideicommissi tradi posse, non est quod dubites. KNIPSCHILD. *Cap. VI. n. 1.* KLOCK. *Vol. II. Consf. 17. n. 7.* RICHTER *Decis. 26. num. 18. seqq.* STRYK. *Cautel. Testam. Cap. XXI. Membr I. §. 15. p. m. 861.* (vbi de fundamento huius rei, quomodo scilicet per actus inter viuos res quaedam in vim fideicommissi relinqui queat, nec non, an & quatenus ex pacto primorum constituentium posteris ius ad fideicommissum acquiratur? ex *l. 3. Cod. de Donat. quae sub mod.* erudite tradit) adeo vt eiusmodi fideicommissa eiusdem sint efficaciae ac si testamento essent constituta, FVSAR. *de subst. qu. 14. n. 9.* PEREGRIN. *L. I. Consf. 65. n. 16. diss.* KNIPSCHILD. *l. c. Cap. VI. no. 2. seqq.* qui per vniuersum illud caput omnes modos constituendi fideicommissa familiarum profuse satis pertractat. Vnde patet improprie satis negotio huic vocem Fideicommissi applicatam esse, (quippe quae vltimam voluntatem regulariter notat) & vnicam rei istius rationem, in eo quaerendam esse, quod praedium familiae relictum imitata fideicommissorum indole de possessore ad possessorem deuoluatur, atque successori necessario restituendum sit, vel potius relinquendum.

§. V.

Finis

Inducta sunt ad memoriam instituentis, & conseruationem ac splendorem familiae i. e. eorum qui de familia sunt. Quum enim Reipublicae intersit vt familiarum

liarum dignitas sit salua, *l. 1. §. 13. ff. de inspic. ventr.* MYNSINGERVS *Decad. 8. Resp. 70. n. 32.* ideo multa, ni contra, praeter tamen regulas iuris recepta sunt VULTEI. *4. Marp. Consf. 54. n. 8.* vt sunt ius Primogeniturae, Maioratus & his similia, quae longa serie recensentur a KNIPSCHILD. *Cap. VII. nr. 58.* STRYK. *de success. ab Int. VII. 1. §. 12. 13* & tale quid singulare in fideicommissis esse in progressu dissertationis occurret; quod exinde maxime prouenit, quod illa ideo potissimum constituantur, vt vel ex eorum prouentibus & reditibus familiarum diuitiae simulque splendor augeantur, inopia vero subleuetur. IOH. WVRMSER. *de Feud. impropr. Class. III. Sect. 3. n. 23.* KNIPSCHILD. *l. c. no. 1.* vel ex eorum pretio interno, aut magnificentia externa familiae maius possit conciliari decus. Breuibus: familiae conseruatio & splendor sunt finis fideicommissorum familiae. Duplicium horum finium intentorum significatio vel expresse fit, vel tacite, per praeceptum scilicet conseruationis apud familiam. In dubio vterque praesumitur. Quod si vero expresse vnius saltem eorum, e. gr. vtilitatis & incrementi opum familiae suae testator meminerit, exinde pro re nata poterunt conclusiones deduci, quae forsan ad fideicommissa splendoris ergo constituta non quadrant, vti exempla forte infra occurrent. Caeterum propter insignem familiarum fauorem, licet fideicommissa sua natura odiosa sint, MENOCH. *L. IV. Praes. 67. no. 20. & Consf. 95. n. 20. L. I.* DECIAN. *Vol. 1. Consil. 1. n. 89.* nihilominus haec familiarum fideicommissa valde sunt favorabilia, LVDOV. BAITELL. *de Vlt. vol. Decis. I. n. 194.* & favorabiliora caeteris fideicommissis, TVBING. *Vol. 1. Consf. 1. n. 50. 51.* ex KNIPSCHILD *l. c. Cap. VII. n. 81. 85.* quare etiam propter fauorem finis praestituti, conseruationis nempe familiarum, citius praesumuntur, quam reliqua fideicommissa; MEV. *P. VII. Decis. 18. n. vlt.* inde

quoque nec Trebellianica nec Falcidia in iis locum habet, *auth. sed in ea. Cod. ad Leg. Falc.* & ex ea longe lateque TVBINGENSES *Vol. VI. Conf. 100. n. 24. 29. seqq. p. m. 1885.* quippe quarum detractione concessa paucis annis foret, vt salutare talismodi institutum ad familiae conseruationem adornatum, absumta fideicommissi substantia, plane contra testatoris voluntatem penitus concideret.

§. VI.

Fideic. Fam. in quibus rebus constituatur?

Quoniam igitur, vt iam dictum, fideicommissa familiarum tam splendori earum quam conseruationi debent inseruire, ideo necesse est ea in talibus constitui rebus, quae apud familiam durare possunt, quae vsu non absumuntur, & quarum substantia semper potest conseruari salua. Hinc patet, iis regulariter immobilia saltem bona esse congrua, quorum vel vsus vel fructus familiae conseruandae inseruiant; KNIPSCHILD. *Tr. saep. all. Cap. V. per tot.* vel, si in mobilibus constitui debeant, apta non esse fungibilia, quippe quae vsu consumuntur, adeoque apud familiam non conseruari, nec conseruatae, ipsi, quia fructus nullos edunt, prodesse possunt; porro in iis rebus quae vsu non statim consumuntur, sed lentim atque sensim absumuntur, vt linteamentis &c. non facile fideicommissum familiae posse constitui; licet suppetat exemplum Serenissimae Domus Schwartzburgicae Lineae Sondershusanae, vbi non pretiosa solum, gemmae scil. & margaritae &c. vna cum vasis argenteis seruiendae mensae necessariis, & insignibus Serenissimi constituentis Christiani Wilhelmi conspicuis, verum etiam linteamenta mensae inseruientia, eadem ratione insignita, familiae per modum generis sunt relicta, ita, vt in locum rerum absumtarum quilibet possessor nouas substituat, & non primi solum constituentis, sed & suis insignibus ornari curet. Regulariter vero, si in mobilibus

libus conſtituatur fideicommiſſum familiae, ſpecies aliqua adhibetur ſeu pretioſum, quod vel interno valore, vel pretio affectionis, vel vtrisque ſimul conſpicuum eſt. e. gr. cimelium aliquod, brabeum, torques ſeu clenodiae quae certis forte occaſionibus ab Imperatoribus vel Principibus alicui de familia obtigerunt, qui deinceps ſuae memoriae conſeruandae & ſplendoris ſuae familiae conciliandi gratia ſub lege perpetuae aſſeruationis apud familiam illas reliquit. Ita annulum S. Eliſabethae Sereniſſimae familiae Saxonicae quaſi pignus & fideicommiſſum fuiſſe, docet TENZEL. *Coll. Menſtr. a. 1689. p. 400.* qui ipſe *eod. loc. p. 524. & 525.* annulum quendam apud familiam nobilem Aluenslebicam, pugionem vero cum annulo apud familiam Hoyenſem aſſeruatos fuiſſe refert. Sic Zieglerianam, quae Erfordiae floret, familiam partem aliquam ex trunco vitis, in poculi ſpeciem formatam, den Rebenſtock, quam vnus ex illorum maioribus ante aliquot ſecula ex terra ſancta ſecum aduexerat, hodienum in vim fideicommisſi aſſeruare, docet RVDOLPHI *Goth. Dipl. in Geneal. Zieglceror.* Quin plura ſuppeterent exempla, quae tamen hic recenſere animus non eſt; haec enim ſufficient ad commonſtrandum, etiam in mobilibus principaliter, ad augendum ſplendorem familiae, fideicommiſſa conſtitui poſſe, neque etiam res, quae vſu atteruntur, plane ineptas eſſe recipiendo fideicommiſſo, modo hoc per modum generis in iis conſtituatur. aduerſus KNIPSCHILD, *l. all.*

§. VII.

Quum itaque familiae tam conſeruationi quam ſplendori, quoad illa durat, in perpetuum inſeruire debeant fideicommiſſa familiarum, *§. VI.* conſequens etiam eſt, atque neceſſe, vt apud familiam conſeruentur, & eorum

Prohibitio alienationis & diuiſionis.

eorum ſubſtantia ſit ſalua. Hinc prohibitio alienationis extra familiam, vel diuiſionis in ea, plerumque expreſſe, quandoque etiam tacite, addi ſolet. In aprico enim eſt, finem fideicommiſſis praeſtitutum, niſi praefractae alienandi aut ſaltem diuidendi cupidini obex ponatur, obtineri non poſſe. De alienatione nemini erit dubium eam fideicommiſſis familiarum plane eſſe contrariam, quia alienare omnem translationem rerum vel iurium denotat, qua dominium directum vel vtile, *l. 1. Cod. de fund. dotal. non al. l. 3. C. de his qui ven. aetat.* vel aliud quoddam ius transfertur, *l. 28. ff. de V. S. l. 14. qui & a quib. man. lib.* ita tamen vt dominium quaſi ipſius iuris (ſi ita parum iuridice loqui licet) plene ad alterum tranſeat: *l. 67. pr. ff. de V. S.* adeoque prohibito alienare extra familiam interdictum cenſetur, quocunque actu, quo res, vel ius quoddam in re ad extraneum quemquam transfertur. *l. 7. Cod. de reb. al. non al.* De diuiſione itidem clara res eſt, eam ad euerſionem fideicommiſſorum familiae tendere, obtinet enim vicem emtionis & alienationis, *l. 1. C. comm. vtr. iud.* & e contrario dignitas familiae, bonorumque in ea conſeruatio eo maxime iuuatur, ſi patrimonia unita & indiuiſa conſeruentur, quae alias diuiſione & disiunctione diminuerentur & ad deſtructionem deducerentur, *c. 8. x. de praebend.*

§. VIII.

Illa fit vel expreſſe Prohibitio alienationis & diuiſionis vel fit expreſſe vel tacite. Expreſſe quidem, ſi teſtator vel paciſcentes eam claris & directis verbis declarauerint: Daß ſie die altväterlichen Güter nicht verkaufen, veräuſſern, verändern, verſetzen, verpfänden, mit Bürgſchaft beſchweren, noch durch einige andere Wege in fremde Hände kommen laſſen oder zertheilen ſollen, vt *in l. 69. §. 3. l. 77. §. 27. l. 88. §. 15. ff. de Leg. II.* *vel tacite* Tacite vero prohibetur

betur alienatio, cum testator dixerit, se haec bona conservationi familiae dicare, daß seine Nachkommen solche Güter zu desto besserer Conseruation und Erhaltung ihres ehrlichen wohlhergebrachten Standes und Stammes forthin zu ewigen Zeiten haben und besitzen sollen, cui dispositioni implicita inest alienationis prohibitio, quia familia, ex mente testatoris, per ea bona conseruari aliter nequit, quam si haec apud familiam asseruentur. KNIPSCHILD. *Cap. XI. n. 9.*

§. IX.

Prohibitio expressa inducit Fideic. Fam.

Et solam illam prohibitionem alienationis extra familiam & diuisionis expressam, licet finis, familiae nempe conseruatio, expresse additus non sit, modo ex reliquis circumstantiis colligi possit, familiae fideicommissum inducere, tradunt probatissimi Doctores. STRYK. *in Diss. de facto defuncti ab herede non praest. (inter eius Dissert. Vol. V. n. 23.) Cap. 3 n. 71. 72.* item *in Dissert. de Iur. success. in revoc. bon. fam. § 6. & 13.* PRVCKMANN *Vol. II. Cons. 23. n. 56.* LINCKE. *Cons. Altorff. LXXVII. n. 90.* PEREGRIN. *de Fideic. art. 14. n. 10.* FVSAR. *de Subst. qu. 687. n. 1.* MANTIC. *de conj. ult. Vol. L. VI. tit. 14. n. 24.* KNIPSCHILD. *d. tr. Cap. VI. n. 101.* MASCARD. *de Prob. Concl. 775. & sqq.* quamquam STRYKIVS *Cautel. Test. Cap. XXI. M. 1. §. 32. p. 893.* titubare aliquo modo videatur, & CEPHAL. *III. Cons. 330. n. 66.* asserere sustineat, non sufficere solam alienationis extra familiam prohibitionem, sed requiri vt adjecerit mentionem finis, scilicet ob agnationem conseruandam se id disponere; sed fallitur in eo. Serio enim qui praecipit, praedium aliquod opulentum in familia asseruari debere, quid quaeso aliud respexit, quam opulentiam & conseruationem familiae? quis enim alius finis subesse potuit? profecto finis hic agnationis conseruandae ex ipsa prohibitione per necessariam fluit consequentiam, & adeo tanquam expressus iudicatur, *l. 5. §. 1. l. 59. de*

 Re iu-

Re iudic. l. 77. de her. inst. mens enim testatoris & disponentis in fideicommissis praeprimis spectanda, & magis quam verba attendenda, KNIPSCHILD. *tr. cit. Cap. III. n. 2. sqq.* & fideicommissum longe facilius inducitur fauore agnationis in rebus, quae familiae fauorem respiciunt; PRVCKMANN. *II. Cons. V. n. 21.* MEV. *P. VII. Decis. 18. n. ult.* vbi tamen probe notandum, non sufficere vt in genere & indefinite alienatio, sed vt alienatio extra familiam prohibeatur, quum generalis tantum alienationis interdictio fideicommissum familiae non inducat, *l. 38. §. 4. ff. de Leg. III.* & facile nudum consilium continere, videri possit. STRYK. *de Cautel. Test. l. all. p. 893. ibidemque all. Ddres.*

§. X.

Finis adiectio seria inducit fideic. fam.

Per paritatem rationis e contrario, etiam deficiente expressa alienationis extra familiam prohibitione, expressam tamen declarationem finis, scilicet agnationis conseruandae, fideicommissum familiae recte inducere, extra dubium est, eo quod prohibitionem alienationis tacite contineat. *vid. §. VIII. supr.* PRVCKMANN. *I. Cons. 34. n. 20.* MENOCH. *de Praes. L. IV. Tom. I. praes. 67. n. 23.* & *praes. 68. n. 9.*

§. XI.

Agnati nondum possidentes habent ius ad rem.

Ii qui de familia sunt, antequam mors legitimi possessoris subsequatur, resque ad ipsos deuoluatur, pro ratione ordinis successorii in isto instituto recepti, gaudent iure ad rem, *arg. l. 213. de V. S.* simili ei, quod legatario vel fideicommissario ex legato vel fideicommisso competit, cuius dies adiectus cessit quidem, sed nondum venit; *l. all. 213. de V. S. iunct. l. 5. §. 2. quando dies legat. ced.* adeo vt res iam debeatur, licet nondum dies venerit, seu prior possessor naturae debitum soluerit; huius vero morte subsecuta, successor confestim & in momento quasi

quaſi mortis ipſo iure accipit ius reale i. e. dominium, *l. 77. §. 3. l. 80. de Leg. II. l. 64. de furt. l. 9. §. 5. de pecul.* ac per conſequens rem fideicommiſſariam a quolibet detentore vindicare poteſt. *l. 3. §. 3. C. Comm. de leg. l. 18. de Vſur. l. 23. pr. de R. V. l. 9. pr. de Iure Dot. §. 4. I. de Act.* KNIPSCHILD. *tr. all. Cap. X. n. 19. ſqq.*

§. XII.

Omne ius ſuccedendi eſt a ſolo conſtituente.

Probe hic attendendum, quemlibet de familia hoc ius non a transmittente ſuo, ſiue per eum habere, ita vt forſan ex eius, qui ante poſſedit, perſona ſuccederet, ſed quemadmodum teſtatorem vel contrahentes vniuerſae ſuae familiae, & ſingulis ex ea naſcituris, ſuo cuique ordine, vtiliter proſpexiſſe & fideicommiſſum reliquiſſe certum eſt; ita luculenter apparet, ex prouidentia primorum conſtituentium proprio iure quemquam ſuccedere. Neque e. gr. filius poſt patris mortem ad fideicommiſſum vocatus, illud iure hereditario, vel ex perſona patris adeptus eſſe dici poterit, ſed id primo conſtituenti acceptum fert, STRVV. *Synt. Iur. Feud. Cap. IX. aph. 1. n. 5. ex l. 41. §. 2. & 3. ff. de Vulg. & pupill. ſubſt. conf. l. 69. §. 3. ff. de Leg. II.* & ita fideicommiſſarius non vltimo poſſeſſori, ſed primo conſtituenti ſuccedit, FVSAR. *de Fideic. ſubſt. Quaeſt. 274. per tot.* KNIPSCHILD. *Cap. VIII. n. 380.* STRYK. *Diſſ. de Iure ſucceſſoris in reuoc. bon. famil. §. 40.* Inde eſt, quod nec iuſte exheredatus a fideicommiſſo, quippe quo a teſtatore iam donatus erat, excludi poſſit. BOEHMER *de Grad. & ſucc. Cap. II. Membr. III. §. 13. ex l. 114. §. 11. de Leg. I.* Atque ita quilibet fideicommisſi poſſeſſor duplicem gerit perſonam, tam heredis fideicommiſſarii, reſpectu nempe ad praedium, quod posſidet, habito; quam heredis fiduciarii, habita conſideratione teſtatoris, ſucceſſoris, & neceſſitatis reſtituendi.

§. XIII.

§. XIII.

Possessor Fideic. habet Dom. reuocabile

Ille ad quem bona fideicommisso subiecta legitime sunt deuoluta, non est nudus vsufructuarius, sed habet dominium illorum, *l. 29. §. 1. qui & a quib. man. lib. l. 1. §. 1. de SCt. Silan. l. 12. §. fin. ibi: exemplo rei &c. de Vsufr. l. 12. § 2. fam. ercisc. l. 66. de R. V.* KNIPSCHILD. *l. c. Cap. VI. n. 19. & Cap. X. n. 9.* non tamen nisi reuocabile & maxime circumscriptum, propter necessitatem restituendi ab autore fideicommissi ipsi impositam, *l. 41. l. 105. de Condit. & Demonstr. l 81. pr. de Leg. I. l. 11. §. 1. quemadm. serv. amitt. l. 16. quib. mod. Vsusfr. am.* tale scil. dominium, quale e. gr. habet maritus in dote, *l. 30. Cod. de Iur. dot.* non enim onus restituendi post mortem, tollit dominium in vita. *d. l. 66. de R. V. l. 15. de aur. & arg. l. 1. §. 4. de SCt. Silan.*

& vtile tantum.

Alii solum vtile aliquod dominium possessori fideicommissi tribuere volunt, directum penes vniuersam familiam constituentes, inter quos est BEYERVS *Iur. Germ. L. II. Cap. X. §. 32. sqq. p. m. 206.* qua in re me fere assentientem habet, propter maxime angustos fines, quibus dominium illud circumscriptum est; id saltem certum, hanc ob causam dominii perfecti vocem vix applicari posse, vel applicatam, latissimo sensu accipi debere. Qui enim alienare non possunt, veri & perfecti domini dici nequeunt, *l. 3. §. 1. Cod. de secund. nupt.* Caeterum talismodi dominus fructus praedii fideicommissarii suos irreuocabiliter facit, *l. 42. de Vsur. l. 44. §. 1. ad SCt. Trebell. l. 23. de leg. I. l. 12. §. 5. de Vsufr.* etiam thesauros in praedio inuentos, *§. 39. I. de rer. divis. l. un. Cod. de Thesaur.* quos cum omnibus accessoriis in vtilitatem suam vertere, atque ad conseruationem, emolumentum, splendoremque rei suae familiaris, quam optime licebit, adhibere poterit, quippe cui fini praeprimis obtinendo haec bona familiae relicta sunt. *Conf.* KNIPSCHILD. *d. tract. Cap. X.* ubi profusissime iura possessoris enarrat.

§. XIV.

§: XIV.

Possessor fideicomm. cauere debet de illo restituendo.

Quoniam itaque bona fideicommissaria apud familiam conseruari opus est, eaque oneri restituendi subiacent, ideo quilibet possessor fideicommissarius, licet rei aliquod dominium consequatur, *§. praec.* inuentario confecto cauere debet, se rem fideicommissariam in familia relicturum, neque extra eam alienaturum, per Tx. expressum *l. 69. §. 3. ff. de Leg. II.* PEREGRIN. *Art. 3. num. 29. & Art. 45. num. 10.* FUSAR. *qu. 512. num. 1. sqq. & qu. 515. num. 5.* allegati a STRUV. *Ex. XXXVI. th. 40.* quo etiam *l. 67. §. 6. ff. eod.* conspirat. Et haec necessitas cautionis praestandae nec tum cessat, si nullum adsit dissipationis periculum; WERNH. *P. VII. Obs. 190. n. 2. seq. p. 378.* aut vnus saltem de familia supersit, quippe qui omnino aeque ac alii cautionem praestare tenetur, *d. l. 69. §. 3. de Leg. II.* quia adhuc vel ipse liberos procreare, vel quis alius accedere posset, qui, productis legitimis documentis, probaret se de familia esse, indeque fideicommissum peteret. Quoties autem certum est, nullo modo fideicommisso amplius locum esse, toties heres cautione superuacanea onerandus non est. *l. 14. §. 1. ff. vt legator. & fideic.* Ab hac cautione illustres personas eximi, & nudam earum promissionem sufficere, ex arg. *l. 6. §. 1. eod.* colligit STRYK. *de succ. ab intest. Diss. VII. M. III. §. 13.* verum ista in lege vulgaria fideicommissa legislator ob oculos maxime habuisse videtur, a Rebuspublicis & magistratibus subditis restituenda; ex qua adeo nil aliud inferri posset quam id: quod Princeps, cum inferioribus agens, a cautione sit immunis. Cum autem Princeps, aut alia persona illustris, in fideicommissum familiae succedens, non cum subditis, sed reliquis gentis suae agnatis negotium habeat, principes vero inter se vtantur iure priuatorum, ideo, quare principem vel illustrem aliam personam a satisda-

 tione

tione fideicommiſſaria immunem declarare poſſem, rationem non video.

§. XV.

Qui in fideic. fam. ſuccedant.

Caeterum in fideicommiſſa familiae relicta omnes in infinitum, qui de familia ſunt, ſuo quemque tempore, ſuccedere in aprico eſt. *l. 69. §. 3. ibi: omnes fideicommiſſum petent qui in familia fuerint ff. de leg. II.* STRYK. *de ſucceſſ. ab Int. Diſſ. VII. Membr. III. §. 38. 39.* Licet enim ſalutare hoc inſtitutum nonnulli Doctores ad decimum ſaltem gradum deſcendentium ſe porrigere autument, PRVCKM. *Vol. II. Conſ. XXIII. num. 50.* turpe ferè ICto eſſe dixerim, ſine lege loqui. Neque ii, qui ex *Nouell. 159. Cap. 2.* ad quartum ſaltem gradum ſucceſſionem reſtringere allaborant, vt CVIAC. *ad h. Nouell.* aliique, neque ii, inquam, me habebunt conſentientem, eo quod atteſtante STRYKIO *l. c. §. 40.* certum eſt, quicquid demum turbida illa lex praecipere videatur, eius tamen vſum plane abrogatum eſſe, & hodie iuri communi & diſpoſitioni *l. all. 69. §. 3. ff. de Leg. II.* ſtari. Conformior etiam videtur haec opinio voluntati teſtatoris, quae ad familiae integritatem cuſtodiendam tendit, per bona in ea perpetuo aſſeruanda; familiae autem nomen collectiuum eſt & adeo ſua natura tractum temporis & perpetuam perſonarum connexionem inuoluit, PEREGRIN. *de Fideicomm. art. 22. num. 5.* vnde conſequens eſt, fideicommiſſa, quae pro familiae conſeruatione inſtituuntur, perpetua eſſe, ac quamdiu ipſa familia durat, tamdiu apud eam etiam durare debere. *arg. l. 2. ff. de Iurisdict. & ſimil.* Textus ille, qui obſtare videtur, nimirum *l. 32. §. 6. ff. de Leg. II.* non de fideicommiſſo familiae in genere, ſed quibusdam perſonis de familia, relicto agit, vbi, in quantum, & quouſque etiam non nominatae perſonae ex aequo admitti poſſint, deciditur.

§. XVI.

§. XVI.

Modum & ordinem ſuccedendi in fideicommiſſa familiae, ſi a teſtatore vel paciscentibus tale quid ſancitum eſt, ex diſpoſitione diiudicandum eſſe, nemo facile ibit inficias. STRYK. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. VII. Cap. III. §. 1. ſqq.* iſta vero deficiente, ſucceſſio ordinanda eſt iuxta legem, vel municipalem, vel communem, cui ordinationem ſuam & voluntatem accomodaſſe praeſumitur teſtator, *l. 3. & 8. ff. de iur. Codicill.* & ex iis STRYK. *l. c. §. 12.* adeoque regulariter ſucceditur ſecundum proximitatem gradus. *l. 32. §. fin. l. 69. §. 3. ff. de legat. II. l. fin. C. de V. S.* ERN. COTHM. *I. Conſ. 80. num. 123.* KIRCHHOF. *Vol. III. Conſ. 20. num. 52. & 259. conſ.* STRYK. *l. c. §. 14. ſqq. &* KNIPSCHILD. *Cap. VIII.* vbi multis de ſucceſſione in fideicommiſſa familiarum exponitur. *Modus ſuccedendi.*

§. XVII.

Non ero prolixus in recenſendis variis fideicommiſſorum familiae diſtinctionibus, quia, pro inſtituti cuiusque natura, eadem iura omnibus poterunt applicari. Ita illa ſunt a) vel realia, ſiue in genere familiae & nomini relicta *l. 38. §. 2. & ſqq. ff. de Leg. III.* qualia regulariter praeſumuntur; KNIPSCHILD. *tr. all. Cap. II. num. 2-14.* vel perſonalia, ad certas perſonas de familia reſtricta, ex *l. 114. §. 5. ff. de Leg. I. l. 78. §. 3. de Leg. II. l. 54. ad Leg. Falc.* KNIPSCHILD. *l. c. num. 14. ſqq.* quae quidem familiarum fideicommiſſa proprie apellare non audeo, quum illa vniuerſae familiae in genere relinquantur, quidam autem de illa pro tota familia accipi nequeant, b) vel expreſſa, vel tacita, vt ſupra §. *VIII. IX. X.* edocui, c) propria, vel impropria, vt in *l. 7-8. §. 3. de leg. II. l. 38. §. 3. de leg. III.* KNIPSCHILD. *l. all. num. 35. 36.* d) vltima voluntate conſtituta, vel conuentionalia, *vid. §. IV.* e) vniuerſalia, vbi tota hereditas, vel eius pars quota, particularia, vbi res ſingularis *Variae fideic. famil. diuiſiones.*

ris reſtitutioni obnoxia, KNIPSCHILD. *l. c.* § *24. 25.* f) reuocabilia, & irreuocabilia, *ibid num 39. 40.* g) perpetua, & temporaria. *ibid. num. 41. 42.* Has omnes, eiusque generis alias plures, quia magis varios conſtituendi modos, quam veras ſpecies inferunt, miſſas facio. Attamen vna ſuccurrit diſtinctio, recentioribus quibusdam Doctoribus vſitata, in qua vniuerſum opinionum ſuarum aedificium collocant, & qua, in decidendis huius materiae quaeſtionibus, ſemper vtuntur, ne dicam abutuntur.

§. XVIII.

Diſtinctio Fid. Fam. in abſolutum & conditionale.

Eſt ea diſtinctio fideicommisſi familiae in abſolutum & conditionale. Abſolutum vocant, quando inſtituens per modum principalis diſpoſitionis & cauſae expresſionem, bona ſua in familia & deſcendentibus maſculis perpetuo conſeruari debere, praecipit, *ex l. 32. §. 6. de Leg. II. l. fin. C. de V. S. l. 77. §. pen. de Leg. II.* STRYK. *de Succ. ab int. Diſſ. VII. Cap. I. §. 17.* adeo, vt nunquam, nulloque modo de familia exeant bona. Conditionatum contra induci volunt, ſi ſimplex ſaltem prohibitio alienationis extra familiam adhibita fuerit, non adiecta cauſa. STRYK. *l. c.* exempli loco allegans *l. 77. §. 27. ff. de Leg. II.* rationem quoque addens, quod nominatio familiae expreſſa videatur ad conualidandum prohibitionem, nudam alias & inefficacem, non ad conſtituendam aliam fideicommiſſi ſpeciem; caſum denique ſubiungens, de alienatione prohibita ſub iſta formula: & ita fiet vt bona non exeant de familia mea, quam diſpoſitionem, quia enunciativis ſaltem verbis, ita fiet, concepta eſſet, conditionatis annumerat fideicommisſis, & haec quidem quandoque alienari poſſe ſequenti *§. 18.* affirmat.

§. XIX.

In iure non eſt fundata.

Verum enim vero, quum iſtam ſententiam & diſtinctionem naturae fideicommiſſorum minus conuenitem,

entem, omnique prorſus iuris fundamento deſtitutam, atque in iure noſtro plane incognitam eſſe arbitrer, liceat hac de re liberius exponere ſententiam meam. Supra nempe, *§. IX.* tam rationi & analogiae iuris, quam autoritati probatisſimorum Doctorum, & inter iſtos ipſius STRYKII, nixus, fuſius probatum dedi, ex ſola alienationis extra familiam prohibitione recte fideicommiſſum familiae, omnibus numeris abſolutum, concludi, ita vt non opus ſit expreſſa finis intenti adiectione, quum e contrario ad conſtituendum fideicommiſſum ſola quoque finis, ſeu cauſae, vt STRYKIVS loqui amat, declaratio expreſſa ſufficiat, conf. *§. X. ſupr.* adeoque nil obſit, vtrum priori modo, cauſa finalis, vel poſteriori, expreſſa prohibitio addita ſit, nec ne, ex quo manifeſto conſequitur argumento, quod vtroque modo fideicommiſſum familiae abſolutum ſemper inducatur, *vid.* KNIPSCHILD. *tr. all. Cap. II. num. 28. 29. 30. 31.* taciti enim eadem vis eſt, quam expresſi. Iam vero, ſi definitionem fideicommisſi abſoluti STRYKIANAM conſideras, atque cum ea, qua conditionatum deſignat, confers, nullum profecto inter eas inuenies diſcrimen, neque etiam quoad effectum practicum vllam diſcrepantiam. Ea enim, quae STRYKIVS *l. c.* §. *18.* ſollicite pro ſtabilienda ſententia adducit, ex ibidem allegatis legibus commonſtrare plane non potuit, neque etiam rationem disparitatis, in doctrinis, quas ibidem tradit, ex praeſtructis deſcriptionibus deduxit vel demonſtrauit; Quae de abſolutis, vti vocat, fideicommisſis ibidem tradit; quare quaeſo ad abſoluta reſtringit, neque ad ea, quae ſat inconcinne conditionata vocat, porrigit? talium profecto aſſertorum ratio a ſcriptore merito deſideratur. Quare ego quidem, quae de abſolutis fideicommisſis docet, ad omnia familiarum fideicommiſſa vera, licet ſecundum STRYKIANAM mentem conditionata ſint, ge-

 neratim

neratim extendo; quae de conditionatis disponit, vel ad ea, quae absoluta sunt, porrigo, vel de omnibus generatim nego; ita e. gr. illa formula: *ita fiet vt bona non exeant de familia*, quam conditionatis annumerat, per se nil disponit, quoniam vero vocula relatiua: *ita*, ad praecedentem aliquam dispositionem respicit, haec praecipue consideranda, & spectandum, vtrum vel prohibitio vel finis declaratio expresse, vel tacite adsint, quo facto, pro re nata, pronunciandum. Atque ita, nullo ad has subtilitates, praeter necessitatem excogitatas, respectu habito, in sequentibus secundum iuris generales regulas progredi mihi constitutum est, haud infelici, vt spero, successu. KNIPSCHILDIVS *in tr. all. Cap. II. n. 32. 33.* cautius me iudice procedit, & conditionato fideicommisso, non absolutum, sed purum contradistinguit, hoc vocat, quod absque, illud, quod sub conditione est relictum, qua in re me plane habet assentientem.

§. XX.

Alienatio fideic. fam. est illicita. His praemissis, generatim & in regula, nulla fideicommissa familiarum extra eas alienari posse, indubium plane est. Satis enim absurdum esse, & irrationabile pronunciat Imperator, rem, quam quis in bonis suis proprie non possidet, ad alios posse transferre, *l. 2. l. 3. §. 2. & Auth. res quae subiacent. Cod. comm. de legat. & fideicomm. arg. l. 3. §. 3. ff. ad SCt. Trebell.* KNIPSCHILD. *Cap. XI. n. 6.* GAII. *II. Obs. 137. num. 1.* BETSIVS *de pact. famil. illustr. Cap. VIII. fol. 484.* COTHMANN *Vol. I. Conf. VIII. num. 109. seq.*

Ratio prima. Fluit hoc ex prohibitione alienationis seria a testatore vel constituente facta, eum in finem, vt familiarum inde promoueatur felicitas, aperti etenim iuris est, in fideicommissis praecipue spectandam seruandamque esse testatoris voluntatem, *l. 11. §. 19. ff. de Leg. III. l. 57. §. 1. ad SCt. Trebell.* HARTM. PISTOR. *III. Qu. 30. num. 11.* omni-

omnique iure compertum habemus, vltimam defuncti voluntatem modis omnibus conseruari debere, *can. 4. Caus. XIII. qu. 2.* atque pro lege seruandam. *l. 1. C. de S. S. Eccl. Nou. XXII. Cap. 2. princ.* Suadet id pietas, suadet religio, qua maioribus suis posteros ipsa adstringit natura; praecipit lex diuina, dum parentes, & adeo maiores etiam, maxime honoratos vult, dum obedientiam iniungit, dum omnibus factis aduersus illorum voluntatem interdicit, magno adiecto anathemate. Quin ipsa sana dictitat ratio, liberos, vt patrum auorumque ipsis bene prospicientium voluntatem, eorumque conditiones omnimodas seruent sanctissime, neque ab vllo confringi vel conuelli patiantur, esse obligatos, nisi temerariae talismodi contrauentionis poenam luere velint iustissimam. Re ipsa penitius considerata, omnis alienatio praedii, quod testator in perpetuum emolumentum familiae reliquerat, ad euersionem earum, & interitum vergere videtur, & ideo omnes de familia, vt fauorabili huic legi prohibitae alienationis, obsequium praestent, tanto magis erunt adstricti. Hinc est quod alienationem plane contra naturam fideicommissorum familiae esse asserat DECIAN. *Vol. 1. Cons. 52. num. 5.* neque enim fideicommissum vulgare per heredem alienari potest, *l. fin. §. 2. Cod. Comm. de leg.* CARPZ. *L. VI. tit. 3. Resp. 31. num. 1.* non attenta *l. 70. §. 3 l. 71. & l. 89. §. 7. ff. de Legat. II.* qui priores textus de fideicommissis in incerta quantitate constitutis, vltimus vero de casu loquitur, vbi nemini hominum de fideicommisso constare potuit. Multo minus itaque libera erit licentia euertendi fideicommissa, conseruationi & splendori familiarum dicata, quae, vt *§. VIII.* monitum, maiore, quam illa, fauore sunt digna.

§. XXI.

Altera ratio. Praeterea *§. XI. & XII. supr.* demonstratum dedi, omnibus fideicommissariis suo cuique ordine ex persona

 primi

primi conſtituentis competere ius ad rem, quod ipſi per improbam talismodi alienationem auferri non poteſt, *l. 3. ff. de transact.*

§. XXII.

Obiectio refellitur.

Nec vllum mouet ſcrupulum, quod in praecedentibus, *§. XIII.* ei, ad quem bonum fideicommiſſarium eſt deuolutum, dominium aliquod reuocabile tribuerim, adeoque ipſi etiam effectus dominii, inter quos & alienandi poteſtatem connumerare ſolent, adſcribere viſus fuerim. Non enim abſonum videtur alicui dominium rei concedere, licet quibusdam ſub conditionibus. *l. 41. de Pact.* Sic praeſenti in caſu dominium rei fideicommiſſariae a fundatore, per prohibitionem alienationis vel expreſſam, vel tacitam, ita circumſcriptum eſt vt facultate alienandi dominus careat. Deinde, quod primo loco monendum erat, principium iſtud, facultatem nimirum alienandi eſſe effectum dominii, probatione adhuc indiget. Non enim eadem res poteſt ſimul eſſe alienationis & cauſa & obiectum. Unde non leuis momenti mihi videtur opinio TITII, qui in *Obſeru. ad* PVFFEND *de off. hom. & Ciu. Obſ. 312. num. 2. p. 361. item Obſeru. ad* LAVTERB. *Comp. Dig. L. I. Tit. VIII. Obſ. 32. num. 10. p. 23. nec non Iur. Priu. L. III. Cap. 2. §. 3. & 12.* facultatem alienandi libertatis naturalis effectum eſſe, haud ſpernendis monſtrat argumentis. *conf.* BEYER. *ſpec. Iur. Germ. L. II. Cap. 10. §. 4.*

§. XXIII.

Nec valet alienatio a Principe confirmata.

Haec adeo certa ſunt, vt, licet principis aſſenſu & confirmatione illicitam ſuam alienationem firmare quis velit, & in ea facti illegitimi praeſidium quaerere, illa plane non attendatur, nemini enim ius quaeſitum per Principem auferri poteſt, *l. 10. ff. de Iuſt. & Iur. l. 7. C. de*

prec.

prec. Imper. offer. l. 5. ff. de natal. rest. l. 3. C. de rescind. vendit. can. 12. Caus. II. quaest. 1. KNIPSCHILD. *l. c. n. 215.* Eiusmodi itaque confirmatione illegitima extante, praesumitur vitium sub- & obreptionis. STRYK. *in Diss. de Iure Successoris in reuocandis bonis familiae* §. *25. p. m. 33.*

§. XXIV.

Alienatione autem illicite facta, illa est inualida, quin ipso iure nulla; *l. 77.* §. *27. de Leg. II. l. 67. §. 3. eod. l. fin. §. 2. & 3. C. Commun. de legat.* cum nullum pactum, nulla conuentio, nullus contractus inter eos videatur, qui contrahunt lege contrahere prohibente; *l. 5. C. de LL. iung. l. 6. & 29. de Pact. can. 13. C. XXV. qu. 2. cap. 64. de R. I. in VIto.* alienans enim id dolose fecisse praesumitur, KNIPSCHILD. *Cap. XI. num. 13.* ex dolo autem lucrum habere non debet. *l. 134. §. 1. de R. I.* Hinc patet, illicite alienantem dominium in venditorem non transferre, innuente id textu notabili, *l. 69.* §. *3. ff. de Leg. II.* vbi perspicue satis disponitur, rei vindicationi statim locum esse, manifesto argumento, quod in momento quasi alienationis dominium rei a venditore non ad emtorem, sed proximum de familia transierit ipso iure, arg. *l. 77. §. 3. l. 80. eod.* quo etiam conspirant *l. 77. §. 27. & penult. eod. l. fin. C. de reb. al. non al.* GAIL. *II Obs. 16. num. 7.* Hic ergo poterit rem vindicare, *l. 1. C. Comm. de leg.* STRYK. *de succ. ab int. Diss. VII. membr. 4. §. 15.* & omnes de familia, *l. 32. §. fin. l. 69. §. 3. ff. de leg. II.* eo tamen ordine quo ad successionem vocantur. Et statim quidem vindicatio obtinet, neque opus habet proximus agnatus, vt expectet mortem alienantis, *d. l. 69. §. 3.* PEREGRIN. *art. 14. n. 8.* STRUV. *Ex. XXXVI. §. 40.* WERNHER. *P. VI. Obs. 484. p. 793.* MENCKEN. *in theor. & pr. ff. tit. ad SCt. Trebell.* §. *6.* LYNCKER. *Vol. II. Resp. 118. n. 113. vbi:* so sind demnach die Interessenten, denen das Fideicommissum zugedacht, alsobald a tempore aliena-

Alienatio est ipso iure nulla.

alienationis, per *l. filiusfam. §. cum pater. l. vnum ex familia. §. si de vno. de leg. I.* PETRI SVRDI *I. Conf. 116. n. 16.* a quocunque possessore etiam fraudis non conscio, VINCENT. FVSAR. *d. tract. qu. 584.* das Veräusserte, und zwar mit denen von der Zeit an erhobenen Früchten zu vindiciren wohl berechtiget; qui tamen *Decis. 385.* aliter sentit, & talismodi alienationem ad dies vitae alienantis sustinet.

§. XXV.

Haec procedunt in fideicommissis tam testamentariis quam pactitiis.

Inutiliter, me iudice, STRYK. *in all. Diss. de Iur. Success. in reuoc. bon. fam.* §. 29. hoc solum ad fideicommissum familiae testamento constitutum restringit, & de fideicommisso pactitio, vel prohibitione saltem pactitia, contrarium asserit. *Verum si per modum contractus,* aiens, *vel pacti facta sit prohibitio tunc communiter contrarium asserunt Doctores, ita, vt quamuis per alienationem fideicommissarius legi contractus contravenerit, dominii tamen translatio propterea non impediatur, & per consequens proximo successori in familia rei vindicatio contra tertium possessorem non concedatur, sed hic solummodo aduersus alienantem actionem personalem ad interesse stipulari poterit,* rationem addens, quia pactum non possit rem afficere, sed modo personam, adeoque personalem saltem, non realem producere posse obligationem. Sed quam fragili ista sententia nitatur fundamento, commonstrare erit perfacile. Non enim est absonum dicere, quod pacta res afficiant, cum satis nota sit distinctio pactorum, quod sint vel in rem, vel in personam concepta, *l. 7. §. 8. ff. de Pact.* vbi ita habes: *In rem sunt, quoties generaliter paciscor, ne petam, in personam, quoties, ne a persona petam, ne a Lucio Titio petam;* adeoque pactum ne alienetur extra familiam, in rem est conceptum & eam vtique afficit. Et ita quilibet pacto alienationem prohibens, non se tantum ad bonorum in familia retentionem obligat, verum ipsam quasi rem & substan-

substantiam fideicommissi inalienabilem reddit: pacta enim in rem heredibus, *d. l. 7. §. 8. l. 22. l. 40. pr. & §. 3. l. fin. ff. de Pact. l. 9. de Probat.* etiam successoribus singularibus, *l. 16. & 17. §. 5. de Pact.* &, propter eiusdem rei cum aliis personis connexionem, etiam his; qui non nisi ob rem cum paciscente in nexu sunt, vel prosunt, vel obstant; *l. 21. §. 5. eod. l. 9. §. 1. in fin. l. 10. l. 18. ff. de duob. reis.* ita vt pactis rem fideicommissariam affici posse indubium sit. Tutius inde, & accuratius iudico, alienationem fideicommissi etiam pactitii esse ipso iure nullam, nec ea dominium transferri, bene tamen a venditore amitti, ita, vt ad proxime successurum deuoluatur, qui illud ab emtore, & quocunque alio possessore vindicare poterit.

§. XXVI.

In casu extremae necessitatis alienatio reuocabilis quandoque valet.

Licet itaque omnis in genere alienatio fideicommissi familiae sit prohibita, instante tamen vrgentissimae necessitatis telo alienatio quidem permittitur, sed non nisi reuocabilis, seu, quae diutius non durat, nisi vsque ad mortem alienantis, qua subsecuta, proximus successor quilibet rem sine pretio vindicat. Quod si itaque aliquis tale praedium fideicommisso grauatum emat, ille eodem, ad tempus vitae alienantis, ex huius persona vtitur, ita, vt dominium non transiisse videatur, sed remansisse apud venditorem, *l. 69. §. 1. ff. de Leg. II.* ibi: *tamdiu emtor retinere debet, quamdiu venditor haberet, bonis non venditis: post mortem eius non habiturus, quod exter heres praestare cogeretur;* tunc enim resoluto iure dantis, resolutum etiam est ius accipientis, *conf.* VINCENT. FVSAR. *de Fideicommiss. Substitut. Qu. 380. n. 21.* BETSIVS *de pactis Famil. Illustr. Cap. VIII. fol. 484. seq.* VULTEI. *de Feud. Cap. XI. n. 96.* PEREGRIN. *Conf. 74. n. 5.* HARTM. PISTOR *L. II. qu. 6. n. 20. seqq.* KNIPSCHILD. *Cap. VI. n. 431.*

§. XXVII.

§. XXVII.

Iudex cognoscit de casu necessitatis.

Hinc si accurate de iis casibus vbi reuocabilis huiusmodi alienatio procedat, informatus esse velis, ita generatim teneas: Quaecunque alienatio est summae necessitatis, illa ad tempus vitae alienantis valet. Quis autem sit ille casus summae necessitatis, id priuatis non integrum est determinare, sed iudici solummodo de eo cognoscendi relictum est arbitrium in *l. 69. §. 1. ff. de leg. II.* vbi verbis disertis PAPINIANVS: *Praesidium,* inquit, *quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio sed bona heredis veneant tamdiu emtor retinere debet &c.* excluditur hic voluntaria alienatio, & desideratur necessaria, vbi bona *veneant.* Vnde recte colligitur super omni alienatione fideicommissi familiae iudicis arbitrium interponendum esse, atque ita vtrique contrahentium, vt id obseruet, consultum est, & tutius, *l. 137. de R. I.* CARPZ. *P. III. const. 8. def. 36.*

§. XXVIII.

An alienatio procedat omnium de familia consensu?

His praestructis, praetermissis etiam iis casibus, quibus alienationem admittere solent Doctores, vnice de ea quaestione in sequentibus exponere animus est: Vtrum alienatio procedat, omnibus de familia in eam consentientibus? Dubio iure in quaestione decidenda vsi fuere Doctores mihi hactenus cogniti, quippe quorum illum affirmatiue, hunc negatiue respondisse, istum ancipitem haesisse videas. Mihi quidem negatiua placet, ita, vt statuam, neque omnium de familia consensu fideicommissum familiae recte alienari, id quod in sequentibus paucis demonstratum ibo.

negatur.

§. XXIX.

In fideic. pactitiis idem est ac in testamentariis.

Hic non distinguo inter fideicommissa pactitia & testamentaria, siue absoluta siue conditionalia, quia omnia eiusdem sunt obligationis & efficaciae. v. §. IV. & XIX.

Id

Id quidem dubio caret, quod conuentionalia omnium, qui pactionem celebrarunt, consensu tolli possint, quoniam nihil est tam naturale, quam vt eo modo aliquid dissoluatur, quo fuit colligatum, *l. 35. ff. de R. I.* eadem scilicet ratione, qua testatori, qui vltima voluntate fideicommissum familiae suae reliquerat, vsque ad extremum vitae halitum integrum est, mentem mutare, eoque fideicommissum iterum tollere. Quoad reliqua autem, subsequentium agnatorum vnito dissensu fideicommissa familiarum siue pactitia, siue testamentaria, tolli plane non posse, certum est.

§. XXX.

Ratio prima.

Primum huius rei fundamentum pono in seuerissima testatoris prohibitione, ne res extra familiam alienetur; ex qua non seria solum eius voluntas apparet, quod ex isto praecise praedio, eiusque prouentibus, familiam suam honoratam velit, quae vtique voluntas instar legis seruanda est, *can. 4. C. XIII. quaest. 2. l. 1. C. de S. S. Eccl.* cum legis vim habeat; *Nou. XXII. Cap. 2. princ.* verum etiam aliqua quasi conditio elucescit, quod scilicet testator familiam suam tantis opibus non honoratam velit, nisi sub ea conditione, ne praedium illud, quod opes ministrat, e familia alienetur. Itaque alienatione aduersus expressam testatoris prohibitionem tentata, dubitari non potest, eum iusta indignatione motum, alienantes indignos suo beneficio iudicaturum fuisse, si superstes fuisset. Quemadmodum enim indignus quis est legum beneficio, qui contra leges peccat, *l. 37. in fin. ff. de Minor.* ita iste certe indignus est dispositionis cuiusdam beneficio, qui contra dispositionem agit. *arg. l. 2. §. 7. ff. de his quae vt indign. l. 8. §. 14. ff de inoff. test. l. 8. C. de his quae vt ind. Auth. hoc amplius. C. de Fideicomm. l. 18. §. 1. ff. de bonor. poss. contr. tab.* Praeterea iuris est præsumtio,

testa-

testatorem velle heredem suum facere id, quod ipse, si vixisset, facturus fuisset; *l. 82. vers. nam quod. ff. de Cond. & demonstr.* iam vero testator, tantum absuit vt alienaret, vt potius alienationem omnimodo interdixerit. Quid quod nec eos, qui in vltima testatoris voluntate sibi inuicem substituti sunt, pactionibus suis dispositionem illam mutare posse, disertis his, quae sequuntur, verbis, testatum reddat *ICtus* IVLIVS PAVLVS *Libr. IV. receptar. sentent. Tit. I. §. 13. rogati inuicem sibi, si sine liberis decesserint, hereditatem restituere, altero decedente sine liberis, hereditas ad eum peruenit, qui superuixit, nec eo ex pacisci contra voluntatem testatoris possunt.*

§. XXXI.

Alienantibus magistratus auferat & asseruet nascituris.

Vnde haud inconcinnum esse statuo, vt fideicommissum tale, agnatis illud alienare tentantibus, nulloque modo propositum mutare volentibus, vt ingratis, per magistratum auferatur, & iis asseruetur, qui ex familia forsan imposterum sunt nasciturі, quippe quibus testator illud post maiores suos reliquit. Maxime enim interest, ne depereat vltima voluntas morientium, adeoque magistratus ad officium spectare videtur, vt ad conseruationem supremi arbitrii testatoris, & fauorem quoque nasciturorum, praedium fideicommissarium integrum conseruet. Id certe absurdum foret, si agnatos ad retentionem fideicommissi cogere velles, cum nemini beneficium obtrudi debeat. *l. 69. de R. I.*

§. XXXII.

Ratio altera.

Altera, & haud leuis ratio in eo consistit, quod fideicommissa familiae non modo primo fideicommissario, sed post eum, omnibus eius posteris cuique suo ordine data sint in perpetuum; *§. XII. supr.* quapropter in illa nunquam ex persona defuncti praedecessoris, sed proprio semper iure, ex dispositione primi constituentis

tis

tis immediate acquisito succeditur. Hinc itaque consequens est ipsius patris, aut agnatorum alienationem ipsorum filiis & heredibus non obstare; & quando, omnibus de familia consentientibus, de facto alienatio subsecuta sit, filios, vel ipsius alienantis, vel consentientium in alienationem, aut natos & in potestate existentes, aut postea susceptos, quia a patre causam non habent, rem alienatam repetere & vindicare posse. KNIPSCHILD. *d. tr. Cap. XI. num. 394. ibidemque allegati.* Non enim alteri per alterum debet iniqua conditio inferri, *l. 47. de R. I. cap. 22. eod. in VIto l. 25. C. de Pact.* neque etiam quisquam alterius iuri renunciare, aut pactionibus priuatis eius ius laedere potest, *l. 3. ff. de Transact. l. 27. §. 4. in fin. de Pact.* quum pacta ad alios, quam cum quibus sunt inita, porrigi non possint, *d. l. 27. §. 4. de Pact. l. 2. C. de dot. prom.*

§. XXXIII.

Hinc patet, quousque vlla superest spes ex familia quadam vel vnicum adhuc aut nasciturum esse, aut nasci posse, nullam admitti posse alienationem, quia huic nasciturorum iuri aliunde quaesito nulla potest inferri laesio. Nam de iis comperti est iuris, quod, cum de fauore eorum agitur, iuris fictione pro iam natis habeantur, *l. 7. & 26. de stat. hom.* & hoc non de iis solum, qui in vtero sunt, sed etiam de omnibus, qui vnquam de familia nasci possunt, hic accipiendum est, *l. 4. ff. de lib. & posth.* & ex ea pulcre admodum STRYK. *de succ. ab int. Diss. VII. M. II. §. 24. 25.* Inde, licet omnes de familia hunc in mundum editi consentirent, vel consentire possent, nunquam tamen omnem familiam consensisse, dicere poteris.

Omnes in perpetuum nascituri familiae annumerantur.

§. XXXIV.

At obiiciunt: quemlibet rerum suarum liberum esse moderatorem & arbitrum, *§. 40. I. de R. D. l. 21. C. mand.*

Obiectio.

quemlibet rebus suis posse legem dicere quam velit, *l. 41. de Pact.* quod concedo, si res omnimodo atque perfecte ad aliquem pertineat, ita, vt sub nomine rei perfecte suae venire possit, atque libertas de illa disponendi non sit circumscripta. In hoc vero negotio libertas disponendi, quoad passum alienationis, non circumscripta modo est, verum etiam plane ademta. §. *VIII.* Proinde fideicommissa sub nomine rei perfecte suae venire, aut ad aliquem perfecte pertinere nequeunt. *l. 67. §. 1. ff. de Leg. II. l. 139. §. 1. de R. I. l. 3. §. 2. in fin. C. Comm. de legat.* Deinceps non procedunt regulae productae in iis casibus, vbi natura negotii aliud suadet; de alienatione autem dubium non est, quin sit contra naturam fideicommissorum familiae. DEC. *Vol. I. Conf. 52. n. 5.* Tandem neque procedent regulae cum de aliorum praeiudicio agitur. §. *XXXII.*

refellitur.

§. XXXV.

Alia obiectio

Instant porro, fauori suo quemlibet renunciare posse, *l. 29. l. pen. Cod. de Pact.* beneficium inuito non dari, *l. 69. de R. I. l. fin. C. vnde legit. l. 16. C. de Iur. Libert. l. 2. §. 2. de donat.* Et concedo iterum, in rebus vbi renunciatio ista valet. Atqui vero in fideicommisso familiae renunciari posse suo fauori, in praeiudicium aliorum, negat BARTOL. *ad l. 114. §. 14. ff. de Leg. I.* FVSAR. *de Fideic. Subst. quaest. 588.* deinde renuncians censetur renunciare iuri in suum fauorem introducto, non autem iuri ad heredem ex propria persona spectanti, NATTA *Conf. 470. n. 12.* neque adeo iterum heredum iuri praeiudicare poterit; DECIAN. *Vol. I. Conf. 33. num. 108. sq.* MENOCH. *III. Praes. 15. num. 59. & Praes. 147. num. 15.* PEREGRIN. *de Fideic. Art. 42. n. 81. s.* FVSAR. *l. all. qu. 597. num. 1. s.* licet illi rem per eum sint consecuturi, *arg. l. 15. §. fin. ff. ad L. Falc. l. penult. C. vt in poss. leg.* dummodo causam ab eo non habeant. Nec aliud

remouetur.

aliud esset, si vel iis etiam ius in spe saltem competere dici posset, *l. 9. §. fin. ff. de aqu. & aqu. pluv. arcend.* cum tamen *supra* §. *XI.* demonstratum dederim, illis non in spe, sed in re ipsa ius ad rem competere, quod ipsis nullo iure neque etiam per pacta illegitima auferri potest.

§. XXXVI.

Idque eo etiam porrigo, vt renunciatio fauoris, pactioque de alienatione fideicommissi familiae neque eo casu heredem stringat, quando quis pro se, & heredibus consensit. Heredes enim fideicommissum ab eo, non hereditatis, sed singulari titulo accipiunt, neque adeo intuitu illius tenentur stare promissioni parentum nomine eorum factae. KNIPSCHILD. *d. tr. Cap. XI. n. 414. sqq.* Proinde neque talis valebit dispositio, cum e. gr. pater filium, vel alium agnatum heredem instituit, addita conditione, ne ipse vel eius posteri alienationi fideicommissi familiae a se factae contraveniant. Ista ipsa enim conditio turpis est, quia contra leges, & in fraudem legis adiecta, ad auferendum alicui per indirectum ius contradicendi, cui directo adimi non poterat; quin est conditio impossibilis iure, neque enim heredi, eodem ex fundamento, quo alienatio interdicta est, licebit alienationem approbare; qui enim non potest alienare, ille nec alienationi consentire potest. *l. 165. de R. I.* Hinc itaque heredem scriptum, detracta & remissa turpi ista conditione, tam ad hereditatis petitionem, quam ad fideicommissi alienati reuocationem, admittendum censeo. *l. 104. §. 1. in f. ff. de Leg. I. l. 20. & 26. de Cond. & dem. l. 20. in princ. de Cond. inst. non enim videtur defectus conditione is, qui parere conditioni* (e. gr. lege prohibente) *non potest. l. 8. §. 7. ff. eod.* Longe alia igitur ratio est in feudis, *vid. Fratris Diss. de Reuoc. Feud. illor. qui in ei. al. valide consens.* §. *21.* quia consensus in alienationem feudi in cuiusque libero arbitrio est positus.

Responsio amplificatur.

§. XXXVII.

Alia obiectio

Iam, ad probandam obligationem posterorum de familia, ex alienatione & communi consensu maiorum, vt putant, oriundam, confugiunt ad tritum illud: heredem teneri praestare factum defuncti, repraesentare testatorem, & cum eo vnam quasi constituere personam.

contrarius HARPRECHTIVS.

Ex quo fundamento HARPRECHT. *Vol. Novo Resp. XCVI. num. 116.* pronunciare non dubitauit, heredem ad factum defuncti hac in parte praestandum esse obligatum.

LYNCKERVS.

LYNCKERVS *P. II. Resp. 146. p. 717.* ad idem principium prouocat, Doctoresque legesque producit, sequentem in modum: Fällt die dritte Frage von ihr selbst, und da kein Zweifel, daß ein fideicommissum von denen Interessenten, wenn es auch schon familiae wäre, im Fall einigem der Familie, außer denen alienatoribus nicht bereits ein Ius erworben seyn würde, (quale nec filio iam nato quaesitum aut quaerendum nisi per patrem, dici potest; qui idcirco filio, quippe qui eius factum praestare tenetur, wenn er anders sich nicht deßen Erbschaft begiebet, praeiudicare potest,

HARTMANN. PISTOR. *II. qu. 9. num. 1. 8. seq.* ROSENTH. *IX. d. Feud. concl. 70. num. 12.* KNIPSCH. *C. IX. d. Fideic. Famil. n. 394. iunct. 404. seqq.*

gar wohl alienirt, und dadurch das fideicommissum aufgehoben werden können;

L. 20. §. 1. d. leg. I. l. 11. C. d. fideic. Nou. 159. pr. & c. 3. HONDED. *II. cons. 42. n. 7.* PEREGR. *art. 40. d. fideic. n. 67.*

ohne wann der Auctor eines fideicommissi, bey dem Superiori, ausgebracht, daß derselbe eine solche alienation und Vertilgung des fideicommissi, verhindern wolle. So seynd derowegen um so mehr diejenige welche an dem vertestirten Hauß einigen Theil haben, dasselbe communi consensu zu vereußern bemächtiget, und derselben haeredes masculi dabey zu acquiesciren verbunden;

cum

cum & teneantur approbare illi fideicommissi familiae alienationem, qui non nisi causam ab alienante habent, neque aliter, nisi per ipsum, succedere possunt, & ei tamen in ceteris, praeter fideicommissum, heredes esse voluerint.

Allein die creditores hypothecarii, wie sie es allbereit außer dem zu thun vermögen, seynd umb somehr solche alienation, wann dieselbe dergestalt in fraudem ipsorum geschehen wollte, zu behindern, oder ihre hypothec zu verfolgen befugt, und mag die repudiatio paternæ hereditatis a filiis, denen hypothecariis ihr ius hypothecae, in re paterna, nicht benehmen: noch auch seynd die Söhne dieses Hauß, als ob es nicht habe tanquam fideicommissum mit der hypothec oneriret werden können,

l. f. C. d. reb. al. non al. l. f. §. 2. & seq. & Auth. res quae C. Comm. de legat.

aus der Väterlichen Erbschafft heraus zu ziehen, und deßen, als fideicommissarii, da zwar kein fideicommissum dißfalls vorhanden ist, sich anzumassen berechtiget. Tandem STRYK. *de Succeff. ab intest. VII. 4. 21. ex l. 114. §. 15. & 16. de Legat. I. & l. 67. §. 3. de Leg. II.* nobis conatur persuadere, filium heredem obstrictum esse, ad praestandum factum patris, circa fideicommissum, id tamen solum pro ea parte procedere aiens, qua patri succedit, quia per *l. 14. Cod. de Rei vind.* pro ea saltem parte personam ipsius repraesentaret, cum in aliis pro extraneo haberetur, quapropter filium a reuocatione alienatorum non submovendum esse statuit, quae vltra ratam eius hereditariam alienata essent, vel eius valorem non exaequarent. STRYKIVS.

§. XXXVIII.

Verum, his omnibus non obstantibus, firmum manet, heredes, vt factum defuncti circa rem fideicommissariam praestent, adigi non posse, sed liberam eis semper esse *Heres non tenetur praestare facta de-*

functi si causam ab eo non habeat.

esse fideicommissi alienati a quolibet detentore vindicationem. Quotiescunque enim filius, vel heres bona non habet a patre suo, vel alio testatore, toties contra factum eius venire potest impune: MENOCH. *Conf. 104.* SCHVRFF. *Cent. II. Conf. 82. n. 3.* heres nempe, qui non hereditario, sed proprio iure in aliqua re succedit, factum defuncti circa illam impugnare potest, *l. 73. ff. de Euict. l. 31. C. eod. l. 2. C. si in fraud. Patron. & Dd. ad eam.* VVLTEI. *IV. Marp Conf. 20. n. 107.* quodsi enim ille qui non est heres non adstringitur ad facta defuncti praestanda, *l. 24. C. de donat. l. 5. C. de reb. al. non al.* consequens vtique est, filium heredem fideicommissarium, qua talem, neque necesse habere, vt ratum habeat factum defuncti patris, eo quod ipse qua fideicommissarius, non est heres patris. *§. XII.* Hinc probe tenendum, heredem saltem ea facta defuncti praestare teneri, quae hereditatem, & ea heredis bona, de quibus disponere liberum est, tangunt, *arg. all. l. 24. C. de donat. l. 5. C. de reb. al. non al.* quia heres, qua talis, succedit defuncto, a quo causam habet, nempe heredis institutionem, & cum eo vnam personam repraesentat, adeoque etiam eius facta praestare tenetur. Aliter vero hic; nam qui fideicommissum familiae capessit, non succedit defuncto, nec ab ipso causam hereditariam habet, sed proprio iure, ex dispositione primi constituentis, illud accipit, neque ergo defunctum, magis autem fundatorem fideicommissi repraesentat, multo minus igitur factum illius circa fideicommissum praestare tenebitur.

§. XXXIX.

Regula obiecta non procedit in rebus de quibus disponere non licet.

Porro notandum, conclusionem istam, quod scilicet heres teneatur praestare factum defuncti, non procedere in iis, de quibus libere disponere non potuit, CRAVETT. *Conf. 200. n. 5. seq.* indeque iterum ad materiam fideicommissariam trahi non posse. Non enim potuit ignorare

ignorare alienans prohibitionem alienationis fundationi additam; non potuit ipsi, vel saltem non debuit, incognita esse lex, vbi non, nisi necessariae, fideicommissi alienationes, praeuia iudicis cognitione, permissae, adeoque voluntariae, & absque necessitate susceptae prohibitae fuerunt; non potuit non compertum habere, propter ius, quod successores immediate a testatore ipso consecuti sunt, propterque adeo necessitatem restituendi, sibi, omnibusque qui illud vnquam possederunt, impositam, suam, quam respectu fideicommissi habet, disponendi libertatem talibus circumscriptam esse terminis, vt ipsi non liceat illud in praeiudicium subsequentium agnatorum alienare. Et nihilominus tentauit alienationem aduersus leges, aduersus naturam negotii, aduersus voluntatem testatoris. Ita profecto heres factum defuncti, quod ipsi erat interdictum, quodque in eius vergit detrimentum, praestare non tenebitur.

§. XL.

Nec tenetur praestare facta illegitima.

Idque, alienatione adeo illicite, quin dolose celebrata multo magis ideo procedet, quia heres saltem ea facta & obligationes, quae iure consistunt, praestare atque rata habere tenetur. MARZAR. *Conf. 65. n. 3.* neque vnquam facta illegitima praestare necesse habet; *l. 2. & 6. ff. si in fraud. Patronor. l. vn. C. de his quae poen. nom.* alienatio enim haec est ipso iure nulla §. *XXIV.* quia legibus est contraria, *l. 5. C. de LL.* quod vero ipso iure nullum est, neque per approbationem heredis, si ea vel maxime liceret, conualescere poterit, *l. 29. de R. I.* foret itaque approbatio talis non frustranea solum, sed poena etiam digna, quippe legibus prohibentibus facta.

§. XLI.

Filius & omnes agnati possunt

Hinc filio reliquisque agnatis semper integrum erit fideicommissum, licet omnium de familia consensu alienatum, reuocandi. LYNCKER. *Decis. 1146.* ALEX. *Conf.* E *94.*

reuocare praedium fideicommissarium alienatum.

94. num. 7. IANSON. *Conf. 56. Libr. 3.* NATTA *Conf. 470. n. 12. atque plures, citati a* KNIPSCHILD. *de F. F. Nob. Cap. XI. num. 394.* Simulac enim, patre vel agnatis illegitime alienantibus, dominium, quod ipsi retinere nolunt, non ad emtorem transfertur, *§. XXIV.* sed statim in momento quasi alienationis in proximum successorem etiam filium ipso iure transit, hic vtique fideicommissum a quocunque vindicabit.

§. XLII.

Exemplum in causa Elect. Palatini contra Duc. Birckenfeldensem super Ducatu Bipontino.

Fundamenta Birckenfeldensia.

Exemplum huius rei praebet causa illustris, inter Electorem Palatinum Carolum Philippum hodie regentem, & Ducem Palatino-Birckenfeldensem, super Ducatu Bipontino paucos ante annos agitata. Dux Birckenfeldensis pro conseruando suo, quod in ditiones Bipontinas affectabat, succedendi iure, viuo adhuc Duce Bipontino Gustauo Samuele Leopoldo, remedium aliquod possessorium, ex *l. fin. C. de Edict. diui Hadr. toll.* iam a. 1724. instituit, *Reichs-Fama P. VI. p. 635.* nixus testamento Wolffgangi Comitis Palatini Neoburgici, communis omnium, qui iam supersunt, Palatinorum Comitum patris, quod a. 1568. conditum, atque supplicantibus filiis heredibus, Philippo Ludouico Neoburgico, qui abauus est moderni Electoris Palatini, Iohanne I. Bipontino, Carolo Birckenfeldensi, Ottone Henrico Sultzbacensi & Fridrico Veldentino, ab Imperatore Maximiliano II. a. 1570. confirmatum erat; vbi disposuerat Wolffgangus ille, vt extincta linea Bipontina, Birckenfeldensis ad successionem sola vocaretur: Und da es nach dem Willen GOttes einen solchen Fall = = so soll unsern Sohn Pfaltz-Graff Johannsen = = hinwieder unser andern jüngsten Söhn einer, der ihm Alters halben am nächsten ist, (erant illi Otto Henricus Sultzbacensis, qui obiit improlis a. 1604. Fridricus Veldentinus qui itidem sine liberis decessit a. 1608. Carolus Birckenfeldensis,) oder desselben männliche Leibes-

Erben

Erben ꝛ ꝛ in unſerm Fürſtenthum Zweybrücken, und aller derſelben Zugehör ſuccediren und nachfolgen. Immaßen wir den oder dieſelbe hiermit gleichergeſtalt ſubſtituirt, und zu einem Affter-Erben benennet haben wollen. Maximum autem argumentum in agnitione paterni teſtamenti, a filiis Wolffgangi teſtatoris per receſſum de a. 1569. declarata, ponebat Dux Birckenfeldenſis, & in ſpecie vrgebat ſeniorem natu, Philippum Ludouicum Neoburgenſem, Electoris abauum, omnia negotia tractaſſe pro ſe & fratribus ſuis natu minoribus, Caeſaream procuraſſe confirmationem teſtamenti, atque illud pluribus vicibus diſerte agnouiſſe, & pro indubitata ſucceſſionis regula venditaſſe. Quin ipſum patrem Electoris declaraſſe, quod vacante Ducatu Bipontino Domui Birckenfeldenſi ius ſuccedendi competat &c. quae omnia vide quam latiſſime in Reichs-*Fama P. VIII. Cap. 1.* quibus argumentis motus Imperator Auguſtiſſimus, anno 1731. ſubſecuta morte Ducis Bipontini, per Commiſſarios, Landgrauium Haſſo-Darmſtadienſem & Abbatem Fuldenſem, Ducatum vacantem ſequeſtrationis nomine occupari curauit. *Reichs-Fama, P. X. Cap. XVII. §. 1.*

§. XLIII.

Sereniſſimus Elector Palatinus quae ad remedium poſſeſſorium regeſſerit miſſa facio, quantum autem ad fundamenta iſtius remedii petitoria ſpectat, plane alio & fortiori argumento iura ſua in Ducatum Bipontinum defendebat. Nempe Ius Primogeniturae in Domo Palatina multis ante teſtamentum conditum annis receptum fuiſſe comprobabat. Prouocabat inde ad Pactum Ruperti I. Ruffi Electoris Palatini, cum fratris ſui ſenioris, Adolphi ſimplicis, filio Ruperto II. Ferace ſeu paruo anno 1357. celebratum, quo ille ſe obligauerat, vt, ſe ſine liberis mortuo, iſte & heredes in omnes ipſius terras & ſubditos, feuda, allodiaque ſuccederent, hac ta- *Electoris Palatini argumenta.*

 men

men lege, daß sein (Ruperti II.) **ältester Sohn** nach des Vatern Tod, **allein** seine Herrschafft besitzen solle, die er lässet an der Pfaltz und zu Bayern, daß auch allwegen immer ewiglichen, nicht mehr dann ein Sohn von des Vaters Stamme der dann der älteste Sohn ist, und sinnig und seines Leibs vermögig ist, die vorgenante seine Herrschafft mit allen ihren Zugehörungen erben und besitzen, seine Land, Lüthe, Vesten, Stätte und Bürge, Fürstenthum, Mannschafft mit allen ihren Zugehörungen wie er das inne gehabt und herbracht hat, biß an Sin Ende; Und soll auch des vorgenanten Unsers lieben Vettern (Ruperti II.) Herrschafft Land und Lüthe, Mann und Burgmann, Bürger und Amtlüthe, **niemand anders** gehorsam sin, dann allewege **dem ältisten Sohn** von des Vaters Stamme, der also darzu gebohren, in aller der Massen und Wiesen als hievor geschrieben stehet ꝛc. quemadmodum etiam iidem a. 1368. de quibusdam arcibus pepigerint, daß sie ewiglich bey **der Pfaltz** und **bey dem Pfaltzgrafen** bleiben, nimmermehr keine davon **von der Pfaltz** verkauft, verpfändt, versetzt, hinweg gegeben, vor der Seelen Heil versetzt, noch in keine andere Wege **von der Pfaltz** mit Widdum, Morgengab, Zugeld entfremdet werden sollten. Porro ad Pactum Ruperti II. cum Ruperto III. qui postea in Romanor. Imperatorem electus fuit, anno 1395. initum Nomine einer ewigen Ordnung und Satzung insignitum prouocabat, vbi quippe statim primo articulo Pactum de a. 1357. superius citatum emphatice corroboraretur, ita, vt tam in Electoratu Palatino, quam Ducatu & regionibus Bauaricis, (Ober-Pfaltz) fürbaß allezeit von ihren Erben, das Söhne seynd, **ein eigentlicher Herr sammentlich** und zwar **der älteste** Sohn sey, diese Lande niemahlen getheilt werden ꝛc. secundo genitis autem quaedam arces assignarentur pro sustentatione, **doch daß solches gleichwohl vor keine Zertheil- oder Zertrennung der** Herrschafft gehalten werden solle, sondern das jeder der jüngern Brüder und ihre Erben, das Söhne seind, **wissen möge, worauf er zu warten habe**, um sein und seiner Erben

Erben tägliche Zehrung und ziemliche Nothdurft. Quae ordinatio etiam, & fundamentalis familiae lex, a Ruperti III. filiis duobus natu maioribus Ruperto & Friderico iuramento corroborata fuit, weil sie zu ihren Tagen kommen; his autem, turbato mortalitatis ordine ante patrem extinctis, duo sequentes eius filii, Ludouicus & Iohannes anno 1401. pro se & suis heredibus, se hanc legem sequi velle, iurato promiserunt. Hinc itaque concludit Elector, quod per diuisionem inter viuentes tunc quatuor filios Ruperti Imperatoris, Ludouicum Barbatum, Iohannem, Stephanum, & Ottonem, septem arbitrorum opera factam, atque ab ipsis principibus iam in antecessum iuramento roboratam, hisce pactionibus & legibus familiae fundamentalibus fuerit contrauentum, eaque proinde diuisio nullius sit momenti. Ita similiter Stephani, inter Fridericum & Ludouicum filios, diuisionem, qua, postposito iure Primogeniturae, priori Simmeram, posteriori Bipontinas & Veldentinas regiones assignasset, ipso iure nullam fuisse contendit. Neque adeo etiam Testamento Wolffgangi Neoburgensis, quod fundamentum erat praetensionis Birckenfeldensis, locum relinquit, vtpote itidem illegitimo, atque contra leges & iura familiae, in praeiudicium Primogenitorum tentato, quibus de rebus vid. plura in *Reichs-Fama, P. X. Cap. XVII. §. 4.*

§. XLIV.

Iam si meam in tam illustri causa opinionem eloqui licet, principio quidem negari non poterit, pacto inter Rupertum I. Ruffum & Rupertum II. a. 1357. celebrato, qui soli tunc domum constituebant Palatinam, legem posteris, omnique familiae datam fuisse, vt ex omnibus totius gentis, vnicus, primogenitus, vniuersas terras regeret; seu, quod magis est, ea conuentione fundatum esse aliquod fideicommissum ad primogenituram *Iura Electoris defenduntur.*

 restri-

restrictum; conf. STRYK. *Diss. de iure succ. in reuoc. bon. fam.* §. *XI. l. 34.* §. *7. de leg. II.* STRYK. *vs. modern. ff. ad SCt. Trebell.* §. *3.* quippe quod clausula illa: daß allwegen immer und ewiglich = = ein Sohn = = der der älteste Sohn ist = = die Herrschafft = erben und besitzen solle = = = biß an sein Ende, und sollen = = = Land und Leute = = = **niemand anders** gehorsam seyn, denn allewege dem ältesten Sohn &c. diserte innuit, ex qua indubie concludendum, omnes illorum Prouincias semper apud familiam, & in ea, reliquis remotis, apud primogenitum vltimi possessoris, si extiterit, conseruari debere; *v. l. 67.* §. *5. ff. de legat. II.* vt taceam, ista conuentione omnem ditionum diuisionem tacite prohibitam, adeoque etiam alienationem exclusam esse. STRYK. *dict. Diss.* §. *XII.* quod posterius etiam ex pacto eorundem de a. 1368. elucere videtur. Licet itaque hoc pactum omnes de familia personaliter quasi obligauerit, vt in omnibus suis Principatibus eo ordine procederent, qui praescriptus erat, nihilo tamen secius, ne obiici posset: tempore initi pacti Ducatum Bipontinum nondum fuisse in dominio domus Palatinae, neque adeo isti ordini successorio, aut fideicommisso obnoxium esse, sed liberum plane, ita, vt de eo valide testamentum condi potuerit, ideo aliud succedit pactum de anno 1395. inter Rupertum illum II. tenacem & filium Rupertum III. celebratum, cum ille iam ante 10. annos alteram Comitatus Bipontini partem ab Eberhardo Comite 24000. fl. Rhen. emerat, altera vero parte, ab Eberhardo, odio fratrum, ipsi in feudum oblata, post excessum Comitis, forte iam potitus fuerat, eamque suis adiecerat ditionibus; GIOVANN. *Germ. Princ. Lib. 5. Cap. II. Sect. III. p. m. 58.* qua in conuentione non prior solum de a. 1357. de qua mentio facta est sat pathetice & iteratis vicibus confirmatur, sed Ius primogeniturae iterum vna cum fideicommisso de nouo in omnes eorum regiones, inter quas & Bipontium certissime erat, constituitur, ita vt

omnes

omnes Prouinciae indiuisae semper soli primogenito cederent, adiecta ratione diuisionis denuo prohibitae.

§. XLV.

Et ulterius exponuntur.

Vnde Ruperti III. Rom. Imperatoris, qui ipse fideicommissum pacto cum patre suo constituerat, factum nullius est efficaciae, quo inter filios diuisionem ditionum instituebat; quippe quae non conuentioni solum, quam ipse cum patre suo Ruperto II. pepigerat, e diametro erat contraria, verum etiam iam antea in pacto Ruperti I, quod cum isto, patre Ruperti III. inierat, strenue erat prohibita, qua sub conditione ipse Rupertus I. illum suum ex fratre nepotem, vniuersarum ditionum suarum scripserat heredem. Quibus ex conuentionibus omnibus omnino de familia primogenitis ius iam dudum fuerat acquisitum. Proinde seniorem natu patri tunc contradicere, & vniuersas regiones sibi adscribere, absque ingratitudinis nota, potuisse, certissime sum persuasus. Caeterum cum iste hoc loco iure suo vti noluerit, id posteris eius praeiudicare non potuit, qui ideo nec huic diuisioni, nec subsequenti stare necesse habent, cum Stephanus, Ruperti III. filius, portionem sibi assignatam inter filios Fridericum & Ludouicum diuideret, nam fideicommissi renunciatio facta a patre filiis non nocet, KNIPSCHILD. *de F. F. Nobil. Cap. IX. n. 399.* & primus fideicommissarius non potest repudiare fideicommissum in praeiudicium reliquorum. *ib. n. 401.* Multo minus itaque erit locus testamento Wolffgangi controuerso, in quo Domus Birckenfeldensis omnem collocauerat fiduciam; neque enim per vltimam voluntatem fideicommissa familiae in praeiudicium aliorum, quibus verum ius est quaesitum, alienari, siue diuidi, neque etiam nouo succedendi ordine onerari posse, comperti iuris est. Neque etiam attendenda agnitio istius testamenti, quam filii eius & inter

eos

eos abauus Electoris, Philippus Ludouicus Neoburgensis variis solennibus prodiderant instrumentis, eo quod Elector non Abauo, sed, vt ita dicere liceat, Maioribus suis, Rupertis nempe saepius memoratis, succedere videatur, neque adeo Abaui, hac in re, facta illegitima praestare necesse habet; Sed adstipulante ipsi ratione iuris, Bipontinum Ducatum ex Iure Primogeniturae, per fideicommissum constitutae, quia ipse ex seniore Linea oriundus est, prae Domo Birkenfeldensi, vtpote iuniore, ad se pertinere asserebat.

§. XLVI.

Compositio huius rei.

His non obstantibus, viam amicabilis, compositionis prae litium ambagibus elegit Elector, atque placidam, quam inquietam, agere senectutem maluit. Vniuersas nempe ditiones Bipontinas Domui Birckenfeldensi cessit, reseruata sibi solummodo praefectura das Unteramt Stadecken, *Reichs-Fama P. XVII. Cap. 4. §. 3. & 4.* quod ex ea potissimum ratione factum reor, quod Comitatus Veldentinus, maximam hodie Ducatus Bipontini partem constituens, in paciscentium Rudolphorum potestate non fuerit, adeoque, vtrum fideicommisso subiectus sit? dubitari potuerit; quippe quem Stephanus C. Pal. demum ex Anna, vltimi Comitis Veldentini Friderici prole, & in Comitatu herede, matrimonio mediante acquisiuerat. GIOVANNI *Germ. Princ. L. V. Cap. II. Sect. I. p. m. 52.*

§. XLVII.

Responsio ad fundamenta HARPRECHTI.

Sed vt ad rationes dissentientium quoque, & primo quidem loco, HARPRECHTI, respondeam, (vid. §. XXXVII. supr.) ille prouocat a) ad *Nouell. 48. Cap. I.* cuius argumento in casu, cum testator certam bonorum quantitatem expressit, heredes scripti prohibentur, ne inquirant, vtrum maior sit aut plus contineat massa bonorum,

sed

ſed aſſignata portione contentos eſſe debere disponitur, b) ad *l. 54. de aquir. & om. her.* quae continet, heredem poſt aditam hereditatem iam a mortis tempore defuncto ſucceſſiſſe videri. c) ad *l. 193. de R. I.* quae eiusdem cum praecedente eſt argumenti. Davus certe ſum non Oedipus, adeoque ne quidem minimum inde argumentum mihi contrarium elicere poſſum. Contenti enim ſint heredes quantitate hereditatis expreſſa! quid inde? num ideo acquiescere debebunt alienationi fideicommisſi familiae? conſtanter nego, cum ſupra *§. XII.* demonſtratum dederim, ſaepiusque hactenus repetierim, non iure hereditario ex patrum voluntate, ſed iure fideicommiſſario ex primi conſtituentis diſpoſitione immediate quaeſito ſuccedere; neque adeo fideicommiſſum hereditatis nomine veniet, nam illud teſtamento neque dari, neque adimi poteſt. Hinc neque video, quomodo ex ficta illa identitate heredis cum teſtatore, quam reliquis ſuis legibus probare anniſus eſt, ad theſin ſuam argumentum ducere velit HARPRECHTIUS, in quantum enim heres in fideicommiſſum proprio iure ſuccedit, in tantum non repraeſentat perſonam defuncti. *§. all.*

§. XLVIII.

Deinde LYNCKERO reſpondendum eſt, cuius argumenta itidem ſupra §. XXXVII. expoſita vides. Fallitur ille quam maxime, cum patrem in fideicommiſſo familiae filio praeiudicare poſſe contendit, atque aſſerit, nec ipſi filio iam nato ius quaeſitum, niſi per patrem dici poſſe, illumque adeo eius facta praeſtare teneri. Nil curo leges, aut contrariam Ddrum autoritatem, quos in medium producit; ſingulatim ſingula euoluturus. Prouocat itaque primo loco ad *l. 120.* (non, qui typothetae error eſt, *l. 20.*) *§. 1. de Leg. I.* hunc in modum conceptam: *Omnibus quibus fideicommiſſum relictum eſt, ad diſtractionem conſentientibus, nullam fideicommisſi petitionem ſuperfuturam*, cui accumulat. *l. 11. C. de Fideicommisſis* eadem tradentem. Sed has leges opinionem propoſitam plane non

LYNCKERO reſpondetur.

l. 120. §. 1. ff. de leg. I. conciliatur.

non ſtringere euidentisſimum eſt. Loquuntur enim de conſenſu *omnium.* Iam vero, cum ſupra §. XXXIII. monſtratum ſit, nascituros, licet in ſpe exiſtant, hoc in paſſu pro iam natis haberi, atque familiae annumerari, nunquam certe omnium de familia conſenſus aderit; vnde manifeſtum eſt, leges iſtas de fideicommiſſis familiarum plane non loqui, vtpote ad quae per naturam non poſſunt applicari; adeoque de vulgaribus ſaltem fideicommiſſis intelligendas eſſe, de quibus nec vllum hac in re dubium, nec ſermo mihi hic eſt; vt taceam, fideicommiſſa familiae maxime fauorabilia lataeque eſſe interpretationis, hinc contraria eorundem ſtrictisſimam interpretationem pati.

§. XLIX.

Nouella 159. explanatur. Nouellam 159. a LYNCKERO allegatam quod attinet, teſte CVIACIO *ad illam*, vna eſt earum, quas, Harmenopulo referente, Tribonianus pecunia corruptus obſcure atque ambigue concepit, quod probant etiam ANTON. FABER. *L. XIV. Coniect. 10.* ANGEL. MATTHIAE. *L. I. de fideic. Cap. 8. per tot.* allegati a STRYK. *de Succ. ab Int. VII. 3. §. 40.* qui iſtam Nouellam ait, multis Doctoribus cerebrum mouiſſe. Et certum eſt, quicunque tandem eam penſitabit, vel hoc, vel illo modo eam reſoluere cogitans, is contraria, quin contradictiones in ipſo inueniet textu, neque vnquam omnes circumſtantias, meo iudicio, poterit conciliare. Hoc tamen non morante, periculum faciam, eam, quam breuisſime licebit, elucidandi, ſimulque, quantum potero, commonſtrandi, eam mihi aperte ſatis non contrariam eſſe. Hierius Senior filio Conſtantino mediante teſtamento domum in vrbe, domum Antiochiae & ſuburbium in Copariis reliquerat, ea ipſi, vt & fratribus reliquis, qui itidem ſuburbia acceperant, lege impoſita, vt pro ſe quisque deputatum ſibi ſuburbium, aut domos, *filiis ac nepotibus legitimis, aut etiam naturalibus, reſtitueret, & qui liberis orbus decederet, fratribus bona relinqueret.*

quaeret. Postea in codicillo Hierio Iuniori, suo ex Constantino nepoti, suburbium in Copariis relinquit, a patre ipsi, simulac post suam, testatoris, mortem emancipatus fuerit, restituendum, iis, *qui ex nepotis sui testamento* in eadem iura successerint, omnem eius alienationem prohibens, *quia hoc suburbium, & aedes in vrbe positas per omnia & perpetuo velit permanere in familia sua, neque vnquam de nomine suo egredi.* Hierius Iun. domum vnam & suburbium ad filium Constantem transmittit, hic, praegnante vxore relicta, decedens, disponit, *vt si puer vel natus non esset, vel natus ante pubertatem mortuus esset, tam eius mater Maria, quam etiam vxor Maria ad successionem vocarentur.* Nata filia, & tenera aetate mortua. Alexander frater Constantini vt proximus agnatus hereditatem ex capite fideicommissi familiae petit. Iustinianus *Cap. I.* quoad aedes & reliqua extra suburbium bona, contra Alexandrum pronunciat, ex ratione, quia nullum adesset fideicommissum familiae, cum Hierius sen. testator contentus in testamento fuisset, *si inter filios duntaxat alienationis interdictum constituisset;* cui profecto responsioni omnino stari potest, vtpote prohibitione in testamento expresse ad filios modo testatoris restricta. Quoad suburbium in Copariis, quod Hierio iuniori in codicillis relictum erat, Alexandri petitionem itidem irritam declarat *Cap. II.* ex triplici potissimum causa: a) quia fideicommissum vltra quartum gradum extendi debere, praeter modum videretur scrupulosum, quum illud potius finitum esset; id quod verba *Cap. III: aut omnino mentionem de caetero prohibitionis & familiae nominis faciant,* sat diserte innuunt. b) quia Constantis tam matrem, quam vxorem, quae suburbium iam possiderent, aeque ac Alexandrum familiae accenseri, fas esset, cum iura sponsas familiae annumerarent, neque promiscua foeminarum cum masculis successio iuri contraria semper videatur. *l. fin. Cod. de V. S. & l. 4. C. de Fideic.* c) ipsum Alexandrum & fratres eius portiones suas, fideicommisso aeque subiectas, alienasse, adeo-

que iure ſuo, in portionem Conſtantis ſuccedendi, cecidiſſe, quippe quod a teſtatore ipſis eo ſub modo conceſſum, vt ne ſuas partes alienarent. *vid. l. 77. §. 27. de Leg. II.* Hinc *Alexandrum* per alienationem *ſibi pariter & ſucceſſoribus ſuis actiones, quae ipſis potuiſſent competere,* ſi Conſtantinus vel Hierius abſque liberis mortui eſſent, vel ſi quatuor generationes non praeteriiſſent, *ſuſtuliſſe.*

§. L.

Obiectio ex ea.

Verum hic conclamant omnes diſſentientes, actum eſſe de mea opinione, hinc enim elucere, quod in fideicommiſſis familiarum filii non poſſint contrauenire facto parentum, ſed parentes actibus ſuis filiis actionem competentem auferre queant. Sed ſalua res eſt. Tenendum enim ante omnia, fideicommiſſum familiae plane non adeſſe, ſed non niſi vulgare; Imperatorem vero, vbi de fideicommiſſo familiae exponit, diſputare ex mente Alexandri, qui vtique diſpoſitionem, quam Hierius Sen. in teſtamento prodiderat, eiusque in codicillis repetitionem, pro vero familiae fideicommiſſo venditabat. Licet itaque hac in parte onus probandi fideicommiſſi familiae aduerſariis incumbat, liberalis tamen ero, paucis monſtraturus, nec fideicommiſſum proprie dictum, nec fideicommiſſum aliquod familiae iſta in Nouella occurrere. Ad probandum prius, prouoco a) ad ipſum Imperatorem, qui inſtitutum iſtud ſubſtitutionis nomine appellat. *Cap. II.* in verbis: *perinde quaſi ex vna voluntate ſubſtitutionem interdixerit*, & omnes, ſpero, qui praefationem Nouellae iſtius legent, facile mihi largientur, diſpoſitionem teſtamentariam ſubſtitutioni, quam fideicommiſſo eſſe ſimiliorem. b) In codicillo Hierio iuniori conceditur ſuburbium in Copariis *pleno proprietatis & poſſeſſionis iure*, iam vero perfecte cuiusque id eſſe non videtur, quod ex cauſa auferri poteſt, *l. 139.* §. *1. de R. I. l. 3. §. 2. in fin. C. Comm. de legat.* vt fieri videmus in fideicommiſſo. compara *l. 67. §. 1. verſu: quid enim eſt. ff. de Leg. II.* c) Teſtamenti

In Nouella fideicommiſſum proprium non occurrit.

menti

menti factio Hierio iuniori in codicillis permissa fuit, quam tamen, quia alienationis speciem constituit, abominatur fideicommissorum natura. d) Tandem non testamenti factionem solam, sed & alias alienationum species permissas fuisse haud obscure quodammodo indigitare videtur seria & minarum plena cautionis prohibitio, testamento adiecta.

§. LI.

Iam itaque si ne quidem fideicommissum proprium adfuit, multo minus fideicommissum familiae inde poterit elici. De dispositione quidem testamento prodita res clara est, cum innuente textus constructione filiis tantum suis in gratiam nepotum alienationem prohibuerit testator, quod ipsum Imperator *Cap. I.* diserte prodit: *contentum fuisse defunctum* aiens, *vt inter filios duntaxat alienationis interdictum constitueret.* Verum ad codicillum Hierii confugiunt, qui aduersam tuentur partem; ibi formalia adhibita: *perpetuo velim permanere in familia mea, neque vnquam de nomine meo egredi &c. ne vnquam de familia mea meoque nomine abalienentur*, in partem fideicommissi familiae interpretantur. Sed ego per contestationes istas nil noui, multo minus familiae fideicommissum inductum esse, certo habeo persuasum, tribus praesertim rationibus motus, iisque praegnantissimis. 1) Prima earum est, quod Imperator, dum de codicillo & putatiuo illo, quod Alexander praetendebat, familiae fideicommisso ius dicit, mentionem iniiciat successionis in fideicommissum, iam vltra quartum gradum deuolutae *Cap. II.* Iam vero si gradus a filia impubere vsque ad Hierium Iuniorem numeras, in cuius possessione, mediante codicillo acquisita, principium ponis fideicommissi, quod fingis, familiae, certe non nisi duos inuenies. Sed quatuor sunt. Ergo vsque ad testatorem Hierium Sen. a quo filius Constantinus ante emancipationem Hierii iunioris suburbium possederat, recurrendum, ibique fideicommissi, si quod

In Nou. all. non supponitur fideic. fam.

quod esset, principium est quaerendum. Nonne itaque hac in parte sole meridiano clarius apparet, nullam Imperatorem nouam fideicommissi familiae constitutionem in codicillo, qui Hierio iuniori, & successoribus eius testamentariis, alienationem prohibet, reperire, quae ab istius demum persona primordium ceperit suum, sed omne fideicommissi fundamentum in prima dispositione testamentaria reponere. Manifesto argumento, clausulam codicillo adiectam non esse, nisi repetitionem prioris prohibitionis Constantino, iam etiam Hierio factae. Neque ergo istae quas legimus de asseruandis in familia bonis dispositiones mihi satis genuinae videntur, cum, quod 2) alterum est argumentum, ipsi codicillo plane sint aduersae, in quo pleno iure, cum licentia testandi ipsi collatum est suburbium, *vid. §. praeced.*, neque ibidem forsan testandi libertas intra limites familiae cohibetur, sed, quod mireris, vage & indeterminate conceditur, *verb. aut iis qui vel ex hoc meo vel eiusdem clarissimi nepotis testamento &c.* Aut itaque maxima fraudis a Triboniano commissae suspicio subest, aut si non subest, Imperatoris explanationi standum, qui nouam in codicillo fideicommissi fundationem non reperire potuit. 3) Prohibitio alienationis ita est concepta, vt cum fideicommisso familiae conciliari non possit. Nam a) illa non est generalis, ita vt omnibus de familia fuerit interdicta alienatio, qualis ad fideicommissum familiae perpetuo asseruandum requiritur, *conf.* §. *IX.* sed saltem ad Hierium, & eius heredes testamentarios restricta est, *iis* (praemitte: *nulla licentia data*) *qui vel ex hoc meo, vel eiusdem clarissimi nepotis testamento in eadem iura successerint, vt idem suburbium, vel eius partem aliquam, vel ius diuendant, permutentue &c.* hinc ista dispositio iterum pro fideicommisso familiae non poterit venditari. b) Occasione huius prohibitionis, cum ad testamentarios successores Hierii restricta sit, restrictiua autem de casu ad casum extendi non conueniat, notan-

notandum, Conſtantem omnem omnino licentiam habuiſſe, ſuburbium illud alienandi, eo quod patri ſuo ab inteſtato ſucceſſerit; cum de eiusdem teſtamento quodam nulla iniiciatur mentio, bene tamen de transmiſſione, quae vox vtplurimum hereditatibus ab inteſtato applicari conſueuit.

§. LII.

At inſtas: Imperatorem tamen, vt ſupra audiuimus, de fideicommiſſo familiae aliquo loqui, ſuppeditare argumenta, quare illud locum amplius habere non poſſit, hinc neceſſe eſſe, vt aliquod tale fideicommiſſum adfuerit. Sed nonne vides, Imperatorem diſputare *κατ' ἄνθρωπον*. Cum ſcilicet Alexander in fideicommiſſo familiae omnem poſuerat fiduciam, ipſe Imperator neque aſſerit tale quid adeſſe, neque opus habet inquirere vtrum adſit, cum, ſi vel etiam adeſſet, illum duplici ex ratione remoueri poſſe, & neque recte neque ordine litem a ſe praetenſam inſtituiſſe, commonſtrare potuerit; idque ſufficiens duxerit ad ſubmouendum Alexandrum, cuius intentio tanto minus erat fundata, quia nullum plane familiae fideicommiſſum extabat.

Quod vlterius explicatur.

§. LIII.

Iam cum probatum dederim, nihil ſupereſſe, quam fideicommiſſum aliquod improprium ſatis, quod ſubſtitutionis nomen magis meretur §. L. ad filios ſaltem & Hierii iunioris ſucceſſores teſtamentarios reſtrictum, neque vllum adeo adeſſe fideicommiſſum familiae, perfacilis erit explicatio nodi illius, vt videbatur, Gordii; puto clauſulam illam Nouellae, Alexandrum, per alienationem partis ſuae, *ſibi pariter & ſucceſſoribus ſuis actiones quae ipſis potuiſſent competere, ſuſtuliſſe;* cum facillime largiar, heredem in fideicommiſſo vulgari, alienationi defuncti non poſſe contraire, ſed ad eam ratam habendam vtique eſſe adſtrictum, cum neque ſubſtitutus poſſit vindicare, quae legitime ab herede

Nouella igitur non eſt contraria.

herede ſunt diſtracta. GAIL. *L. II. Obſ. 13. n. 13.* ideo vero non concludendum, in fideicommiſſis familiae idem obtinere.

§. LIV.

HARTM. PISTORI *reſponditur.*

Pergit LYNCKERVS (vid. §. XXXVII.) in medium producens HARTMANNVM PISTOREM. *L. II. Quaeſt. 9. n. 1. & 9.* cui paucis item reſpondendum eſt. Leges ibidem *ſub. n. 1.* allegatas nil aliud probare inveni, niſi id, de quo non dubitaui, ſcilicet heredem in regula praeſtare debere factum defuncti; verum regulam iſtam hoc in caſu locum inuenire non poſſe, commonſtraui §. *XXXVIII. ſeqq.* Sed applicari omnino poſſe, ſtatuit PISTOR. *n. 8.* vbi affirmare ſuſtinet, quod iſta regula, quae heredem factum defuncti praeſtare docet, non ſolum in rebus defuncti propriis, ſed etiam in rebus ad heredem iure proprio pertinentibus procedat, de quibus alioqui defunctus diſponere non potuiſſet. Ego vero neque in hoc ipſi ero aduerſarius & lubenter id largior, quia heres per aditionem hereditatis conſenſum addit diſpoſitioni, quam teſtator de eius rebus conſtituerat. At enim cum de fideicommiſſo familiae ſermo eſt, heres defuncti factum alienatorium, vtpote illicitum, nec debet, nec poteſt ratum habere, *arg. l. 165. de R. I.* alias turpe factum, contra diſpoſitionem primi conſtituentis committeret. Idem itaque fere eſt hic caſus cum eo, quem ſupra §. XXXVI. propoſui; hac tantum differentia, quod turpis illa conditio, conſenſus ſcilicet in alienationem, ibi expreſſe, hic implicite adiecta ſit: hinc eodem iudicio heres ad praeſtandum factum defuncti alienatorium non erit obſtrictus, ſed tam hereditatem, quam fideicommiſſum petet. Ex his itaque porro concludere poteris, quanta firmitate nitatur illud, quod ex ſuo praeſuppoſito *num. 9.* deduxit, conſectarium; quod ſcilicet heres alienantis, in rebus familiae relictis, & alienari prohibitis, non poſſit venire contra defuncti alienationem, quamuis ſucceſſio ipſi debeatur

beatur ex dispositione primi instituentis. Legem, ad quam prouocat, *114. §. 15. ff. de Leg. I.* si penitius perpendo, deprehendo tractare de casu, qui sub fideicommissi familiae appellatione venire non potest. Alienatio nempe fideicommissi non simpliciter, siue generaliter est prohibita, sed interdictum in filii saltem personam est conceptum, innuentibus id verbis expressis: *ne alienaret, & vt in familia relinqueret,* quod quemadmodum nepotum praesertim gratia factum esse videtur, ita illos hoc loco sub familiae vocabulo venire apparet, quo sensu & occurrit *in l. 23. ff. de adopt. & emanc.* neque adeo vniuersum hoc institutum cum definitione fideicommissi familiae conueniet, quam supra §. *I.* praemisi, *iung.* §. XVII. *lit.* a. Deinde lex proposita id, cuius probandi causa adducta est, nequaquam, & nil probat aliud, nisi id, quod filius defuncti voluntati non paruerit; vbi *τὸ non paruisse* legislator neque approbat, neque vituperat, sed enunciativo stilo tantum vtitur, qui per notoria nil disponit; neque vnquam quis mihi persuadebit, per istam loquendi formulam indigitari, quod alienatio de iure fuerit rata atque firma. Et ita nil mihi aduersum video, miror potius in tam lubrico & imaginario fundamento PISTOREM suam hanc posuisse opinionem, cum potius ex *§. 16. d. l.* qui statim sequitur, luculenter appareat, irritam fuisse alienationem, quippe cum exheredati ad petitionem fideicommissi admitti debeant, manifesto argumento, patrem facto suo liberos iure ad fideicommissum aliunde semel quaesito priuare non posse.

conciliatur l. 114. §. 15. de Leg. I.

§. LV.

Iam ROSENTHALII a LYNCKERO itidem allegati argumenta, vtrum maioris sint ponderis, perscrutari animus est. Hic *Cap. IX. de Feud. Concl. 70. n. 12.* de fideicommisso familiae relicto disserte pronunciat: illud, si extra fami-

ROSENTHALII argumenta refutantur.

respondetur l. 67. §. 1. & 3. ff. de Leg. II.

familiam alienatum sit, reuocari non posse ab eo, qui ipsi alienanti in hereditate successit. Ad probandam sententiam prouocat ad *l. 114. §. 15. de leg. 1.* cui iam §. *praeced.* satis responsum est. Deinde producit *l. 67. §. 1. & seqq. ff. de Leg. II.* quam euoluens, statim ex principio animaduerti, illam de fideicommisso familiae plane non agere, sed de eo fideicommisso, cum quis heredem institutum rem quandam restituere iubet, vni ex illa vel ista familia, *iung. §. 2. d. l.* quo in casu heres ius habeat eligendi hunc vel illum ex familia, cui restituat; quod certe negotium nemo fideicommissum familiae audebit appellare. *vid. §. I. supr.* Ergo neque decisiones in lege reperiundae huc quadrabunt. Ita §. *1. d. l.* nil indigitat aliud, quam id, quod ille, qui ab herede in eius testamento electus est, non ex electione, sed ex priori testamento, vbi vni de familia fideicommissum relictum fuerat, succedere videatur, & ita etiam tenendum sit, si de Falcidia quaeratur, non enim videri heredem de suo reliquisse, qui quod reliquerit, omnimodo reddere debuerit. Difficulter certe hac ex dispositione procedet argumentum, pro probanda Rosenthalii sententia. Ego quidem, quomodo illa exinde deduci possit, rationem nullam video, certe persuasus, passum propositum in meam potius partem commode posse explicari, cum exinde sat luculenter appareat, quemcunque de familia, non defuncto vltimo possessori, sed primo fideicommissi fundatori succedere. Sed maioris forte ponderis videtur, §. *3. d. l.* cuius verba hunc in modum sunt concepta: *Sed si, vno ex familia herede instituto, ille fundus* (quem testator per fideicommissum quibusdam ex familia reliquerat) *extraneo relictus est:* (scil. in testamento heredis, qui fideicommissum praestare debebat, & in fraudem huius dispositionis aliquem ex familia heredem scribebat, ea inten-

intentione, vt is factum alienatorium ratum habere & praestare deberet) *perinde fideicommissum ex illo* (primo) *testamento petetur, ac si nemo de familia heredi heres extitisset, verum is qui heres scriptus est, ratione doli exceptionis* (quia scil. ipse iam heres est, & per hereditatem vniuersam multo plus iam accepit, quam rata eius ex fideicommisso contineret,) *caeteris fideicommissum petentibus facere partem intelligitur;* (ita, vt eius persona in numerum fideicommissariorum computetur, iique non nisi ratam suam accipiant ab extraneo) *nam quae ratio caeteros admittit, eadem* (hoc casu) *tacitam admittit pensationem*, (ita vt rata heredis ex fideicommisso, apud extraneum permaneat, & detrimentum quod eo sentit, hereditate accepta, tacite compensetur.) Quibus se ita habentibus, exinde fluere videtur, quod qui heres sit, non possit reuocare fideicommissum, sed teneatur stare facto defuncti, licet etiam aliunde, quam ex eius persona, ius ad fideicommissum aquisiuerit. Et haec omnia nec vnquam negaui, nec iniqua esse arbitror: quemadmodum enim non de rebus suis solum, verum etiam de rebus heredi propriis disponere potest testator, cum in effectum, vt heres factum eius praestare teneatur, HARTM. PISTOR *L. II. Qu. 9. num. 8.* ita etiam testator heredem, portione sua in fideicommisso sibi, aliisque relicto, priuare, adeoque fideicommissum extraneo relinquere potuit, eum in effectum, vt heredis rata apud extraneum permaneret; praesertim cum heredi integrum fuisset hereditatem repudiare, & partem fideicommissi petere, qui vero deinceps electa hereditate ex testamento, facto testatoris alienatorio assensum praebuit, atque, licet petitionem fideicommissi non habuerit, habuit tamen in hereditate integram compensationem. CVIAC. *Obseruat. L. XV. cap. 1. p. m. 694.* Sed haec saltem in fideicommissis vulgaribus proce-

 dunt,

dunt, de quibus lex loquitur. Impense enim falluntur ii, qui familiae aliquod fideicommissum ex ea colligere volunt; cum in aprico sit, omnia eiusdem requisita §. *I.* hic deesse, fideicommissum non vniuersae familiae, sed vni tantum, vel duobus, aut aliquibus ex familia relictum, adeoque familiae vocabulum saltem demonstrationis causa additum esse. Alia igitur ratio est in fideicommissis familiarum, ibidem consideranda est seuerissima testatoris voluntas, quae legis instar est, *Nou. XXII. Cap. 2.* quae omnem omnimodo alienationem prohibet, adeo vt ita nemini, plane de illis disponendi libertas sit relicta, & nemo vnquam aduersus voluntatem testatoris licentiam de iis disponendi vllo modo acquirere possit, fideicommissa enim regulariter sunt realia §. *XVII.* ita, vt ipsa quasi substantia praedii, sit moraliter inalienabilis; quum e contrario in textu proposito testator, eo quod alterum de familia heredem instituit, acquirere potuerit licentiam de rata eius fideicommissaria disponendi, quippe de qua, alienatione vtpote nullo modo prohibita, omnino pro lubitu disponi poterat. Quin, vniuersa haec legis dispositio, quam ad fideicommissa familiae applicare contendunt, illis nulla plane in parte erit conueniens, cum constitutioni eorum & origini, formae, fini, & effectui plane sit contraria. Pari ratione ad argumentum, quod ex §. *4. d. l.* formari posset, respondendum puto, nempe de communi fideicommisso agere paragraphum, a quo ad fideicommissum familiae non procedat argumentum.

§. LVI.

STRYKIO *respondetur.*

Tandem, ad STRYKII opinionem, quam supra §. XXXVII. item inuenies, accedens, ratione allegatae ab eo

ab eo *l. 67. §. 3. de Leg. II.* ad *§. praec.* vbi responsum est, me remitto. Alteram legem, *114. §. 15. 16. ff. de Legat. I.* quod attinet, de §. eiusdem *15.* supra §. LIV. ostendi, nil mihi contrarium inde inferri posse; quantum vero ad §. *16.* spectat, vbi idem fideicommissum supponitur, quod §pho praecedente erat propositum, ex superioribus & allegato quidem §. LIV. repetendum praeprimis est, non esse sermonem de fideicommisso familiae proprio, sed de vulgari aliquo, in fauorem nepotum relicto. Praeterea inane videtur omne argumentum ex Textu isto depromtum. Non enim tunc quaerebatur, vtrum nepos heres institutus posset petere fideicommissum, ita, vt forte ex eo, quod exheredati saltem nominarentur, qui fideicommissum iuste peterent, heredem ab eius petitione implicite remotum esse, dici posset; neutiquam: verum id potius videbatur dubium, & in quaestionem deducebatur, vtrum pater filiis per exheredationem etiam fideicommissum adimere potuerit? vel vtrum iis, exheredatione non obstante, pateat petitio fideicommissi? cui quaestioni affirmative respondetur, & vtique ex opinione Marcelli fideicommissi petitio ipsis relinquitur, cum etiam emancipati admitterentur, quippe de quibus magis dubium videretur, vtrum familiae patris, quae hoc loco liberos notat, annumerari possent, quia per emancipationem iura agnationis amittebant. *§. 8. I. de her. quae ab int. defer.* §. *6. I. quib. mod. ius. patr. pot. solu. l. 26. ff. de adopt. & emanc.* Non itaque opus fuit, vt, de exheredatis eorumque iure quaesitus, etiam de iuribus heredis instituti responderet ICtus. & infirmum satis est argumentum, non competiisse heredi instituto, fideicommissi petitionem, eo quod in hac decisione sit omissus. Quid quod textus propositus enunciatiuo quoque, non dispositivo stilo sit adornatus, quapropter ex eo si forte quaedam decisio, nulla tamen exclusiua heredis, quae odiosa

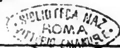
l. 114. §. 16. ff. de Leg. I. explanatur.

odiosa est, depromi poterit. Ratione itaque principii, quod de fideicommissis familiae falso posuerat STRYKIVS, corruente, facilis erit ad reliqua responsio. Non enim quidem eo inficias, in reliquis heredem non, nisi quoad quantum portionis hereditariae, factum defuncti praestare teneri; ast in fideicommissis familiae fictam illam, ad quam & ipse prouocat, personarum vnionem, & regulam ex ea deductam, quod heres facto defuncti stare teneatur, locum inuenire non possit, §. XXXVIII. XXXIX. & XL. & in praecedentibus passim abunde commonstraui.

§. LVII.

Habes L. B. quae de Alienatione fideicommissorum familiae illicita, licet omnes de ista in illam consentiant, hic proferre animus fuit. Poteris ex his quae dicta sunt, reliquas obiectiones, quae eiusdem, cum productis, farinae omnes erunt, facili negotio refellere. Tu vero, si quid petere licet, aequum de his pagellis iudicium feras, rogo.

S. D. G.



Menda Typographica.

Pag. 1. lin. 14. lege: deferantur. p. 2. lin. 15. lege: priuilegium. reliqua, quae forsan occurrent aequae correctioni B. Lectoris relinquuntur.

